

[FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE
RÉGIME MATRIMONIAL
DES ÉPOUX
MARIÉS SANS CONTRAT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 4 juin 1914, à 3 heures

PAR

VACHERON

Président : M. WEISS, professeur.

Suffragants : { *M. PILLET, professeur.*
M. BARTIN, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13.

—
1914

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE
RÉGIME MATRIMONIAL
DES ÉPOUX
MARIÉS SANS CONTRAT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

sera soutenu le Jeudi 4 juin 1914, à 3 heures



PAR

VACHERON

Président : M. WEISS, professeur.

Suffragants : { *M. PILLET, professeur.*
M. BARTIN, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1914

INTRODUCTION

Le contrat de mariage, ou plus juridiquement le régime matrimonial est l'un des faits juridiques dont l'application soulève le plus de conflits de lois. « On appelle régime matrimonial l'ensemble des règles qui, par l'effet d'une convention expresse ou tacite ou de la loi, gouvernent, à compter du mariage, les liens de l'un et l'autre conjoint, au triple point de vue de la propriété, de la jouissance et de l'administration » (1).

Le Code civil, qui donne en droit privé les solutions pour résoudre les conflits de loi que son application soulève est muet sur les difficultés que fait naître au point de vue international le régime matrimonial. On ne trouve aucun article auquel on puisse se référer. Nous devons donc en conclure que les rédacteurs du Code ont voulu que l'on se reporte aux solutions préconisées par notre ancien droit, d'une part, et, de l'autre, déduites des principes généraux qui se dégagent de leur œuvre. Ce silence du Code sur notre matière est d'ailleurs fort

(1) Weiss, *Droit international privé*, III, p. 604.

explicable, puisque le droit international privé y tient une place toute minime. Les relations internationales étaient beaucoup plus restreintes qu'aujourd'hui, on se mariait plus rarement entre sujets de nations différentes et les contrats le plus souvent ne soulevaient que peu de difficultés, car la fortune, à cette époque, était presque exclusivement immobilière. La question avait été traitée par les anciens auteurs presque uniquement pour les relations de province à province. Pourtant, il est à regretter que les rédacteurs du Code ne nous aient laissé aucune indication précise ; les éléments de solution ne leur auraient pourtant pas fait défaut en la matière, puisque, comme nous le verrons, celle-ci avait donné lieu à des discussions des plus importantes chez nos anciens auteurs, c'est donc par parti-pris qu'ils se sont abstenus d'en parler.

Avant de commencer notre travail sur la question qui nous intéresse, nous devons examiner la première hypothèse qui se présente à l'esprit lorsque l'on parle du mariage : « les époux ont fait un contrat ». Il nous paraît bon de rappeler très succinctement les difficultés que soulève cette question et les solutions qui nous ont semblé les meilleures à adopter. Nous aurons ainsi une vue d'ensemble du sujet, et notre étude sur le cas où les époux n'ont pas fait de contrat y gagnera en clarté.

Les époux ont fait un contrat

Quand les époux ont fait un contrat, le conflit des lois

peut s'élever soit en ce qui concerne : 1° la capacité des parties ; 2° les formes du contrat ; 3° les règles de fond spéciales propres aux conventions matrimoniales, c'est-à-dire la liberté et l'immutabilité.

1° En matière de capacité, nous dirons que les époux sont, conformément au droit commun, régis chacun par leur loi nationale. Il s'agit là, en effet, de mesures concernant l'état des personnes et l'état suit l'individu en tous lieux.

2° En ce qui concerne la forme des contrats, la règle est que l'on doit se conformer à la loi du pays où l'acte est dressé. C'est le principe énoncé sous la forme *locus regit actum*. Mais, il ne faudrait pas en conclure que cette disposition est impérative et que les Français qui se marient à l'étranger doivent nécessairement se conformer aux règles de forme de la loi étrangère, alors même que ce ne serait pas celles prévues par la loi française. Les Français qui se marient à l'étranger peuvent passer leur contrat de mariage devant l'agent diplomatique compétent. Toutefois, et ceci confirme que le principe est la règle *locus regit actum*, la Cour de cassation, dans un arrêt fortement motivé du 18 avril 1865 (1), écarte la compétence consulaire au cas où un Français épouserait une étrangère en pays étranger. L'exception n'est donc possible que pour deux Français se mariant à l'étranger.

(1) D., I, 342.

Réciproquement, les étrangers qui se marient en France peuvent faire un contrat par acte authentique devant notaire, se conformant ainsi aux règles de forme de la loi française, ou en rédiger un devant leur agent diplomatique ou consulaire, dans la forme prévue par leur loi nationale. L'arrêt de la Cour de Douai du 13 janvier 1887 a sanctionné cette opinion. Deux Anglais avaient fait un contrat de mariage devant leur consul, la Cour a validé leurs conventions et en a assuré l'application, bien qu'elles soient particulièrement nuisibles à leurs créanciers : la loi anglaise n'assure pas, en effet, la publicité des conventions matrimoniales et admet qu'elles puissent être passées par acte sous-seing privé, même après la célébration du mariage.

3° a) Quant à ce qui concerne la liberté des conventions matrimoniales, il faut admettre que les époux sont libres de choisir la loi qu'ils préfèrent. Le contrat de mariage est un contrat pécuniaire, dont les parties sont maîtresses absolues de déterminer les clauses (C. C., art. 1387). Mais, à ce principe, il faut apporter deux restrictions, l'une tirée des prohibitions que contient la loi personnelle des parties, l'autre de l'intérêt de l'Etat dans lequel leurs conventions doivent être exécutées et qui peut s'opposer à l'exécution de quelqu'une d'entre elles, comme incompatible avec « l'ordre public international ». Si les parties, dans leur contrat, n'ont pas, en choisissant un régime matrimonial, spécifié celui de quel pays elles entendaient voir appliquer, il faut choisir celui

de la loi nationale du mari ; et c'est cette loi qui doit servir à interpréter les clauses obscures ou douteuses du contrat, à moins d'une affirmation formelle du contraire.

b) La question de l'immutabilité des conventions matrimoniales soulève deux opinions bien distinctes. Les uns considèrent que l'immutabilité est une règle de forme ; on doit donc la rattacher au principe *locus regit actum*, et, par conséquent, le principe de l'immutabilité s'appliquera aux conventions matrimoniales passées en France dans la forme française, alors même que la loi des époux ne le leur imposerait pas.

Au contraire, si l'on rattache le principe de l'immutabilité au fond même du régime matrimonial, la même loi doit s'appliquer à ce principe qu'au régime lui-même et cette loi est déterminée par la loi expresse ou présumée des époux, d'après le principe de l'autonomie de la volonté.

Nous n'avons pas la place, dans ce trop bref exposé, d'examiner toutes les autres opinions ni d'en discuter les arguments. Nous nous rattacherons donc à la deuxième opinion énoncée ci-dessus et que nous croyons la meilleure. Nous concluons que le principe de l'immutabilité se rattache non aux formes du contrat de mariage, mais au régime matrimonial lui-même et qu'il faut soumettre l'application de ce principe à la loi qui, d'après la volonté des époux, régit leur régime matrimonial.

Nous trouvons des applications de cette doctrine dans la jurisprudence, tout au moins lorsqu'une résidence

prolongée du Français à l'étranger ou de l'étranger en France écarte l'idée de fraude. Ainsi le tribunal civil de Marseille, 23 avril 1901, décide que deux époux anglais résidant en France depuis longtemps et s'étant mariés devant l'officier d'état civil français sont présumés avoir voulu adopter, d'après la loi française, le régime de communauté et que le principe de l'immutabilité s'impose à eux. *A contrario*, nous concluons que deux Français résidant à l'étranger depuis longtemps, ayant soumis leur régime matrimonial à une loi qui autorise la mutabilité des conventions matrimoniales, peuvent échapper à l'application de l'article 1395 du C. C.

Cependant, cette façon de voir n'est pas unanimement admise en jurisprudence, et d'anciens arrêts rattachent encore le principe de l'immutabilité aux règles de forme et se réclament de la règle *locus regit actum* (1).

Les époux n'ont pas fait de contrat

Nous voici donc, après un bref examen des cas de conflits qui se présentent lorsque les époux ont fait un contrat, arrivés au sujet même de notre travail. Nous ne pouvons, dans cette introduction, que donner un aperçu des conflits que cette question soulève, puis nous exposerons, dans un résumé, les différentes parties de notre travail et les questions qui s'y trouveront traitées.

Lorsque les époux n'ont pas fait de contrat, on doit

(1) En ce sens, Montpellier, 2 avril 1844, D., 45, 2, 36 ; Cassation, 11 juillet 1855, D., 56, 1, 9.

rechercher la loi compétente pour déterminer le régime matrimonial auquel ils sont soumis.

Prenons d'abord le cas le plus simple : la loi nationale des époux est la même que celle du lieu où le mariage a été célébré et la même que celle du domicile matrimonial. Dans ce cas, il ne peut y avoir de doute. Mais supposons que nous altérions une de ces trois équivalences et nous voyons apparaître le conflit des lois. A quelle loi faut-il donner la préférence ? Quelle est celle qu'il faut appliquer ?

Dans presque tous les pays, les législateurs ont cru devoir imposer aux personnes qui se mariaient sans contrat, soit par négligence, soit à cause de leur manque de biens, un régime légal. Et ils l'ont choisi, suivant à la fois des considérations d'ordre moral et d'ordre pécuniaire : ne pas opposer les intérêts des époux et les inciter à travailler pour l'accroissement du bien-être commun. En France, le régime adopté par le Code est celui de la communauté légale. Mais il n'en est pas de même dans tous les pays. Certains ont cru devoir faire passer avant toute considération morale les intérêts pécuniaires des époux, comme en Allemagne, où le régime de droit commun est le régime dotal ; même le régime de séparation de biens a été adopté par l'Angleterre.

Supposons donc deux époux mariés et domiciliés hors du pays d'origine du mari, quel sera, en l'absence de contrat, le régime de leurs biens ?

C'est la question essentielle que nous allons nous efforcer de résoudre.

Pour donner plus de clarté à ce travail, nous le diviserons en cinq chapitres : le premier, historique, où nous rappellerons, avec les origines de la question les opinions de nos anciens auteurs les plus autorisés; le second, qui sera la partie principale, aura pour objet la détermination du régime matrimonial applicable au droit international; nous y rattacherons le criterium de la solution à l'autonomie de la volonté. Dans le troisième chapitre, nous étudierons les applications de la théorie de l'autonomie de la volonté et nous rappellerons la jurisprudence qui s'y rapporte; dans le quatrième, nous rechercherons les effets du régime matrimonial.

Enfin, nous étudierons, dans un cinquième chapitre, les difficultés que soulève en droit international privé l'application de l'hypothèque légale de la femme.

Il ne nous restera plus qu'à conclure et à rechercher par quelles mesures on pourrait éviter le conflit des lois.

CHAPITRE PREMIER

Historique

Les conflits de lois auxquels peut donner lieu le régime matrimonial avaient déjà attiré l'attention des juriconsultes de notre ancienne France. La qualification de *famosissima quæstio* qu'ils donnaient à la question, témoignait non seulement de la difficulté présentée par cette dernière, mais aussi et surtout de la vivacité des controverses qui s'élevèrent à son sujet (1).

A la vérité, ces controverses ne se produisirent qu'au seizième siècle. Jusqu'à cette époque, l'application de la théorie des statuts réels ou personnels aux régimes matrimoniaux parut satisfaire les esprits. On appelait statut réel, *statutum in rem*, *statutum quod disponit rebus*, les dispositions relatives aux biens et statut personnel, *sta-*

(1) Sur l'historique relatif à notre matière, voir : Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. III ; Surville et Arthuys, *Cours de droit international privé*, n° 353 et suiv. ; Audinet, *Principes de droit international privé*, n° 568 ; Lainé, *Introduction à l'étude du droit international privé*.

tutum in personam, quod disponit de personarum statu, conditione et qualitate, les dispositions relatives aux personnes. Tandis que les immeubles étaient rigoureusement soumis à la loi de leur situation, les biens mobiliers, confondus à ce point de vue avec la personne, étaient soumis à la loi du domicile. En vertu de cette théorie, les meubles appartenant aux époux étaient régis par la coutume du domicile matrimonial, tandis que leurs immeubles étaient gouvernés par celle de leur situation. Il en résultait, on le voit, cette conséquence que les biens des époux étaient soumis à des régimes matrimoniaux différents. C'était une solution compliquée et quelque peu anarchique.

Aussi ne faut-il pas s'étonner que cette réponse fournie à la question des conflits de coutumes en matière de régime matrimonial ait éveillé une discussion, demeurée célèbre entre les deux plus illustres représentants de la doctrine statutaire au XVI^e siècle : Dumoulin et d'Argentré.

Précisons d'abord les termes dans lesquels la « très fameuse question » se présenta à eux et dans lesquels ils la débattirent (1).

Les deux grands juristes tombaient d'accord sur un point : c'est que s'il y avait eu contrat de mariage, si les époux avaient stipulé la communauté conventionnelle,

(1) Dumoulin, *Commentarii in Cod. de summa trinitate*, t. III, p. 555 et suiv.; d'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges seu consuetudines generales ducatus Britanniae*, col. 684 et suiv.

cette communauté conventionnelle devait s'étendre à tous les biens, même à ceux qui étaient situés sur le territoire d'une coutume où le régime de communauté n'existait pas. Les deux auteurs étaient également d'accord sur le motif de cette solution. Dans l'hypothèse présente, disaient-ils, la convention fait la loi des parties, or, cette convention n'est pas enfermée dans un territoire déterminé.

Mais que fallait-il décider lorsque les époux n'avaient pas fait de contrat de mariage? Antérieurement, nous l'avons dit, leurs biens étaient soumis à des régimes matrimoniaux différents, suivant qu'ils étaient meubles ou immeubles. Le point de vue nouveau auquel se plaça Dumoulin conduisait à substituer un régime unique des biens des époux à la multiplicité des régimes qui régnait auparavant. Pour en arriver là, il suffisait de creuser et d'étendre la notion de convention. Malgré l'absence de contrat de mariage, les époux n'ont-ils pas eu cependant une volonté en ce qui concerne le régime de leurs biens? N'ont-ils pas fait, en d'autres termes, une convention tacite? Leur silence ne doit-il pas s'interpréter en ce sens qu'ils ont entendu se soumettre au régime légal de leur domicile matrimonial? Si l'on part de cette idée de convention tacite, on doit admettre que celle-ci, comme une convention expresse, fait la loi des parties et qu'elle n'est pas enfermée dans un territoire déterminé. Par suite, le régime du domicile matrimonial, tacitement adopté par les conjoints, doit être le régime unique de

leurs biens, en quelque lieu que ceux-ci se trouvent; on aboutit ainsi à l'unité de régime produisant des effets extra-territoriaux.

C'est contre ce point de vue nouveau et fécond que s'insurgea d'Argentré. Réaliste obstiné, celui-ci s'efforça de réduire par tous les moyens possibles l'application des coutumes autres que celles du ressort; il chercha à rendre au principe de la territorialité une partie de l'énergie que Dumoulin lui avait fait perdre. En matière matrimoniale, loin de concevoir le régime pécuniaire des biens des époux comme déterminé, en l'absence de contrat, par la volonté tacite des intéressés, il considéra ce régime comme un effet légal du mariage. La volonté des conjoints ne s'étant pas manifestée expressément, il n'y avait pas lieu, d'après lui, d'en tenir compte; il ne pouvait être question de faire produire des effets extra-territoriaux à une prétendue convention tacite qui, en réalité, était inexistante ou, tout au moins, problématique. Il restait, en définitive, qu'il fallait appliquer aux biens des époux la coutume de leur situation, c'est-à-dire en revenir au statut réel.

Telles sont les deux conceptions profondément rivales — celle de la personnalité, celle de la réalité du statut matrimonial — qu'il nous faut exposer en les rattachant aux idées générales de leurs auteurs.

Théorie de Dumoulin.

Pour résoudre les difficultés nées du conflit des cou-

tumes, Dumoulin part du principe féodal que toutes les coutumes sont réelles. *Teneas indistincte quod statuta vel consuetudines, tanquam reales, non extenduntur ultra sua territoria*. Mais il apporte, au principe de la réalité des exceptions qu'il considère comme nécessaires.

Quel sera donc, d'après lui, le criterium de la distinction du statut personnel et du statut réel? Dumoulin ne s'attache pas, comme Bartole, à la teneur de la disposition à juger; ce qu'il considère, c'est l'objet même de chaque statut. S'agit-il d'un statut concernant exclusivement la personne, il est personnel. S'agit-il, au contraire, d'un statut concernant uniquement les biens, il est réel. Le premier accompagne la personne loin de son domicile; le second régit tous les biens situés dans le ressort de la coutume.

Quant aux dispositions qui concernent à la fois la personne et le patrimoine, Dumoulin se montre hésitant. Tantôt, il reconnaît la prédominance du statut territorial; c'est ainsi que, suivant lui, le mineur de 25 ans qui, d'après la coutume de son domicile, ne peut contracter qu'avec l'assentiment de ses parents et l'autorisation du juge, est pleinement capable d'aliéner sans leur assistance les biens qui lui appartiennent sur le territoire d'une coutume où la capacité du mineur ne subit aucune restriction (1).

(1) Weiss, *loc. cit.*, p. 20; Lainé, t. I, p. 243; Dumoulin, *Comment. in Cod. de summa trinitate*, *op. cit.*, t. III, p. 556.

Tantôt, au contraire, il admet la personnalité absolue du statut qui lève une incapacité et décide, en conséquence, que toute personne qui, par l'effet de ce statut, a recouvré sa liberté d'action, est capable, même au regard des biens situés dans le ressort d'une coutume qui dispose autrement. Dumoulin applique cette décision à l'espèce suivante. Un fils de famille est domicilié sur le territoire d'une coutume qui l'autorise à tester. Cette autorisation lève partiellement l'incapacité résultant pour lui de la puissance paternelle à laquelle il est soumis et l'habilité à disposer même des biens qui se trouvent situés dans une province où l'incapacité testamentaire du fils de famille subsiste. Dumoulin justifie cette solution en disant que la coutume du domicile du fils de famille, qui aurait pu le soustraire entièrement à la puissance paternelle, peut bien l'affranchir seulement de quelques-uns de ses effets (1). Il est facile d'apercevoir la contradiction que renferme ce système relatif aux statuts concernant à la fois la personne et le patrimoine. L'incapacité d'aliéner du mineur est de statut réel, tandis que la capacité de tester de ce même mineur appartient au statut personnel (2). Le point le plus intéressant de la théorie de Dumoulin est la détermination du statut applicable aux conventions envisagées au point de vue du fond.

On sait que Bartole et son école soumettait toujours

(1) Dumoulin, *loc. cit.*, p. 556.

(2) Voir, sur cette contradiction, Weiss, *loc. cit.*, p. 24 ; Surville, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1889, p. 466.

celles-ci à la loi du lieu où elles étaient intervenues, c'est-à-dire au statut réel. Il fondait cette solution sur cette idée que l'auteur d'une convention, même étranger, de même que l'auteur d'un délit, aurait tacitement accepté de se soumettre à la souveraineté locale (1).

Dumoulin introduit le principe de l'autonomie de la volonté. D'après lui, la volonté des parties est souveraine pour déterminer la loi applicable aux conventions, quant au fond. C'est aux juges à rechercher, soit d'après les termes formels du contrat, soit d'après les circonstances, à quelle législation les contractants ont entendu se référer. Cette législation doit avoir un effet universel, comme la volonté elle-même dont elle est l'expression certaine ou présumée (2). En ce qui touche à la forme extérieure des actes juridiques, on applique la loi du lieu où ces actes ont été passés.

Du principe de l'autonomie de la volonté, même tacite, qui vient d'être indiqué, Dumoulin fait de nombreuses applications, notamment à la matière des conventions matrimoniales.

Voyons donc comment, en cette matière, qui constitue notre sujet, s'exprime le grand jurisconsulte du XVI^e siècle.

Il s'est expliqué sur la question dans une consultation donnée en 1525 dans l'affaire Gannev. En supposant le mariage célébré à Paris, domicile du mari, le régime

(1) Lainé, t. I, p. 228.

(2) Dumoulin, *op. cit.*, p. 554 et suiv. et *Consilium*, 53.

applicable aux intérêts pécuniaires des époux sera le régime de communauté, et ce régime gouvernera même les biens situés dans des provinces qui ne reconnaissent pas l'autorité de la coutume de Paris.

Pourquoi cette solution? Le raisonnement de Dumoulin se présente de la manière suivante : en négligeant de faire un contrat, les parties ont entendu s'approprier les dispositions de la coutume. Leur communauté est donc établie en vertu d'une convention tacite. Ils s'en sont rapportés purement et simplement aux usages et coutumes de leur domicile. La volonté des époux joue ici le rôle prépondérant. En conséquence, faute de volonté contraire formellement exprimée, c'est le régime matrimonial en usage au domicile des époux qui règle leurs intérêts pécuniaires. Ce régime a la même force et la même universalité qu'une convention expresse. Il atteint même les biens situés dans le ressort des coutumes qui ne l'admettent pas (1).

L'idée centrale du raisonnement, on le voit, tient tout entière en cette affirmation que la communauté coutumière s'analyse en une convention tacite : *consatur et introducitur ab ipso vero partium consensu*. Et cette proposition fondamentale est motivée par cette considération que ceux qui se bornent à contracter, sans préciser le détail de leurs volontés dans des clauses formelles,

(1) Dumoulin, *op. cit.*, p. 555.

sont censés s'en référer aux usages et coutumes de leur domicile.

Cette tentative de justification du système est fort sujette à caution. Le silence des parties peut s'expliquer par d'autres raisons que l'intention d'accepter le régime du domicile.

Aussi convient-il, pour mettre en pleine clarté la conception de Dumoulin, et pour distinguer ce qu'elle contient d'exact et d'excessif, de séparer nettement l'idée de l'autonomie de la volonté de celle que les époux ont entendu, en gardant le silence, s'en rapporter à la *lex domicilii*. Loin de justifier la première, la seconde peut parfois être en contradiction avec elle. C'est ce qu'a bien aperçu Jean Voët qui, après certaines hésitations a, comme nous le verrons, heureusement corrigé sur ce point la doctrine de Dumoulin.

Théorie de d'Argentré.

D'Argentré part, comme Dumoulin, du principe que toute coutume est territoriale. De même que Dumoulin, il fait exception pour les coutumes relatives à la personne, auxquelles il attribue le bénéfice de l'extraterritorialité. Mais d'Argentré est moins favorable que Dumoulin à la personnalité.

Il établit, en effet, à cet égard, une distinction entre les lois de capacité générale, qu'il déclare personnelles, pourvu qu'elles ne produisent aucun effet sur les biens,

pourvu, en d'autres termes, qu'elles n'affectent que la personne pure; et les lois de capacité particulière qui, d'après lui, ont un caractère constant de réalité (1).

Par application de cette distinction, la coutume qui fixe la majorité suivra la personne loin de son domicile, parce qu'elle affecte son état tout entier. Au contraire, la coutume qui interdit au mari de faire une libéralité à sa femme, établissant une incapacité particulière, est réelle.

D'Argentré ne s'en tient pas à la distinction qui précède pour restreindre la personnalité. Il ajoute que, même parmi les lois qui ont pour objet la capacité générale, il en est auxquelles il convient de ne pas reconnaître le caractère de statut personnel. En effet, certaines dispositions, bien que semblant concerner avant tout la personne, exercent une influence importante sur les biens. Prenons un exemple : le statut de la légitimation d'un enfant naturel par rescrit du prince, paraît n'avoir pour but que de donner à l'enfant un état nouveau; mais, en même temps, il lui confère le droit de succéder à ses parents. C'est pourquoi, en ce qui concerne des dispositions de ce genre, où le caractère réel confine et se mélange à la personnalité, d'Argentré crée une catégorie nouvelle de statuts : les statuts « mixtes », dont l'application se limite aux biens situés sur le territoire et les régit, quel que soit le domicile de leur possesseur.

(1) D'Argentré, *Commentarii in patriis Britannum*, loc. cit.

Ainsi que l'a dit M. Weiss (1) : « l'utilité de cette création est au moins contestable; la doctrine en vertu de laquelle d'Argentré attribue un caractère réel, même aux lois de capacité générale, dans leur application aux biens, suffisait pleinement à la solution pratique des difficultés possibles; et la dénomination qu'il propose n'y ajoute aucun élément nouveau ».

A quelle conclusion cette conception générale va-t-elle conduire d'Argentré, relativement au statut du régime matrimonial ? Elle devait nécessairement aboutir à la thèse de la réalité. L'argumentation qu'il fournit à ce sujet peut se décomposer en deux parties :

En premier lieu, il s'attaque à cette idée de Dumoulin, suivant laquelle la communauté coutumière s'analyse en une convention tacite et suivant laquelle la volonté des contractants joue un rôle prépondérant. D'après le jurisconsulte breton, la volonté n'a, au contraire, qu'un rôle subordonné en notre matière. Du moment que les époux n'ont rien dit au sujet de leurs intérêts pécuniaires, c'est qu'il n'ont rien prévu ni voulu. La coutume prévoit et veut à leur place. Or, cette coutume est réelle et, par suite, n'atteint pas les biens situés dans d'autres coutumes.

En second lieu, en admettant même que la communauté s'analyse en une convention tacite et que les parties aient tacitement voulu s'en rapporter à la cou-

(1) *Loc. cit.*, p. 26.

tume, cette convention, supposée véritable, ne peut changer le caractère de la coutume, qui est essentiellement réelle. Les parties ne peuvent accepter la coutume qu'avec le caractère de réalité qui lui appartient. Comment, dès lors, les biens situés au delà de cette coutume pourraient-ils être régis par elle ?

Théorie de Jean Voët.

Correction de celle de Dumoulin.

Le principe de l'autonomie de la volonté, fondement de la théorie de Dumoulin, est juste, à notre avis. Ce jurisconsulte avait raison de soutenir que la volonté, même tacite, des parties est souveraine en matière de conventions en général et de conventions matrimoniales en particulier.

Mais Dumoulin dégageait d'une manière insuffisante les conséquences du principe fondamental qu'il avait posé ; son raisonnement arrivait même à une inconséquence.

En effet, il prétendait que, par le fait même que les époux n'avaient pas fait de contrat de mariage, ils étaient réputés avoir entendu se référer à la loi de leur domicile. Il établissait de la sorte une présomption en faveur de cette dernière loi. Par suite, il cessait de s'inspirer de l'autonomie de la volonté, car il était possible (et cela pouvait être démontré par les circonstances) que les parties eussent voulu se soumettre à une autre

coutume que celle de leur domicile (1). On peut donc dire que, partie d'une idée juste, l'argumentation de Dumoulin subissait ensuite un arrêt, une déviation, et aboutissait à une conclusion erronée dans sa formule générale.

La théorie de Jean Voët se présente comme une utile correction de celle de Dumoulin à cet égard (2).

Mais Jean Voët n'arriva pas du premier coup à résoudre le problème avec précision et certitude. Il commença par hésiter entre le système de la réalité, défendu par d'Argentré, vers lequel se portèrent d'abord ses préférences, et le système de Dumoulin. Finalement, il les repoussa l'un et l'autre. D'une part, il enseigna que le statut matrimonial, en l'absence de contrat, ne se confond pas nécessairement avec la *lex rei sitæ*, et, par là, il rejeta la thèse de la réalité avec sa conséquence si pratiquement fâcheuse de la multiplicité des régimes. D'autre part, il professa, contrairement à l'opinion de Dumoulin, que le statut matrimonial n'est pas, en principe, et en toute hypothèse, la *lex domicilii*.

D'après Voët, il faut uniquement interroger la volonté probable des parties et il convient de donner effet à cette volonté, alors même qu'elle exclut la coutume du domicile. C'est seulement dans le doute qu'il y a lieu de se décider pour cette dernière. « Le principe de l'autonomie

(1) Weiss, *loc. cit.*

(2) Jean Voët, *Comment. ad Pand.*, livre XXIII, titre II, n^{os} 85 et suiv.

des parties contractantes, dit M. Weiss, est ainsi mis à sa véritable place; il apparaît dégagé des entraves dont Dumoulin n'avait pas su ou n'avait pas osé l'affranchir. »

La doctrine aux XVII^e et XVIII^e siècles.

Avant de poursuivre l'histoire relatif à notre matière, nous allons indiquer brièvement quelle fut la fortune de la théorie des statuts aux XVII^e et XVIII^e siècles.

Malgré les efforts de d'Argentré, l'idée de personnalité eut d'abord, au point de vue général, un certain succès en France, et les parlements en firent souvent l'application. Mais au commencement du XVIII^e siècle, les ouvrages de Boullenois (1) et de Froland (2), répandirent une doctrine mitigée qui, tout en se montrant libérale envers les statuts personnels, prenait pour base le principe de la réalité et la répartition de tous les statuts en trois catégories : réels, personnels et mixtes (3). On voyait ainsi s'opérer une fusion entre les systèmes de Dumoulin et d'Argentré.

Au cours du XVIII^e siècle, la théorie parvint à se

(1) *Questions sur les démissions de biens*, 1727, chapitre consacré aux statuts personnels, réels et mixtes.

(2) *Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts*, 1729.

(3) Lainé, *Introduction à l'étude du droit international privé*, t. II, p. 70.

fixer. La souveraineté territoriale des coutumes fut un principe incontesté. La classification des lois ne comprit que deux classes : les statuts réels et les statuts personnels (1). La personnalité fut admise à titre exceptionnel, à côté de la réalité.

Quel fut, dans cette évolution générale, le processus particulier des esprits en ce qui concerne le statut matrimonial ?

La personnalité de ce statut, enseignée par Dumoulin, prévalut de bonne heure en France. Elle fut acceptée par la plupart des auteurs du XVII^e siècle. Tous les principaux auteurs français se rattachent à cette idée, Bacquet, Ricard, Renusson, etc. La doctrine de Dumoulin est devenue celle de l'école française et si l'arrêt de la Cour de Brabant, vers la fin du siècle, fera triompher une fois de plus la doctrine de d'Argentré et ressuscitera les controverses, nous verrons qu'au XVIII^e siècle, elle fut à la fois suivie par les jurisconsultes et la jurisprudence.

XVII^e siècle

Bacquet reprend la théorie de Dumoulin. Dans son *Traité des droits de justice* (2), parlant d'un mari parisien qui épouserait, sans contrat, à Lyon, une personne de cette ville, pour la ramener ensuite à Paris, en son

(1) Lainé, *loc. cit.*, t. II, p. 24 et 27.

(2) Chapitre XXI, paragraphe 74.

domicile : « En ce cas, dit-il, il y aura communauté de biens entre l'homme et la femme mariée; comme le mariage étant censé et réputé plutôt consommé au domicile du mari, lequel la femme est tenue de suivre, et que non pas au domicile de la femme, même suivant la vraie intention et destination des parties..... si par le le contrat de mariage était expressément porté qu'il n'y aurait aucune communauté de biens entre les futurs conjoints ».

Renusson est du même avis; il se réfère lui-même à Bacquet. Il cite le cas de deux époux : le mari est normand, il vient épouser, à Paris, une fille de Paris, ne fait pas de contrat et retourne en Normandie, où il a ses établissements.

Comme le mariage « obligeait la femme d'adhérer à son mari et d'habiter avec lui, il semble qu'elle a tacitement subi la loi du domicile du mari et a voulu s'y soumettre » (1). Renusson reconnaît toutefois que cette manière de voir n'est pas entièrement partagée par tous les jurisconsultes et que la jurisprudence n'est pas unanime. En sens contraire, il cite un arrêt du 23 décembre 1529, relaté par Marion (2). Pour les biens acquis après le mariage, Renusson est d'avis qu'il ne faut pas faire de distinction entre la communauté stipulée suivant la coutume et la communauté acquise de plein droit en

(1) *Traité de la communauté*, chap. IV, paragr. 34 à 38.

(2) *Plaidoyers*, 8.

vertu de la coutume et cette règle s'applique à tous les biens, même aux biens acquis, situés « en la coutume de Normandie qui est congue en termes prohibitifs » (1).

Ricard, commentant l'article 95^e de la coutume d'Amiens, déclare que la communauté s'étend « aux biens situés dans les coutumes où elle n'a pas lieu ».

Le grand jurisconsulte Lebrun, que nous citerons en dernier, est un des meilleurs partisans de Dumoulin, dont il défend la doctrine, dans une langue magnifique de clarté. Il est bon, d'après lui, que les conjoints soient libres de se référer à la coutume qu'ils jugent le plus convenable; s'ils n'avaient pas cette liberté, « comment le mari normand, à qui la communauté est interdite, pourrait-il trouver femme dans une autre province? » Il cite en ce sens les fameux arrêts de Ganney (1527), et l'arrêt Larchaut (12 mai 1595). « Au reste, il n'est pas nécessaire que la dérogation à la coutume de Normandie soit expresse, il suffit que les conjoints se soient soumis à une coutume où la communauté est établie, soit qu'il s'y soient soumis, par une convention tacite, parce que la volonté des parties, lorsqu'il y a assez de circonstances pour la faire présumer, doit produire les mêmes effets que lorsqu'elle a été exprimée » (2). Et plus loin, « ce droit est plus personnel que réel, comme l'a prouvé

(1) *Loc. cit.*, paragr. 51-54.

(2) *Traité de la communauté*, I, ch. II, p. 14.

M^e Ch. Dumoulin contre M^e d'Argentré et quelques canonistes ». « Mais quelle loi doit régler s'il y a communauté ou non quand les conjoints n'ont fait aucune convention à cet égard ? » Il faut encore rechercher quelle a pu être leur volonté tacite. A défaut d'autres présomptions, Le Brun choisit la loi du lieu où a été célébré le mariage, mais il incline à donner la préférence à la loi du domicile du mari, car si deux personnes se marient à l'étranger, le lieu de leur mariage peut n'être qu'un lieu de passage dont les époux ignorent les lois. Lorsqu'un acte est passé dans un pays, ce pays impose sa loi pour la forme extérieure de l'acte ou pour l'interprétation des clauses qu'il contient; mais, dans notre hypothèse, nous n'avons pas de contrat : il faut suppléer à cette absence d'acte. Le Brun se range alors à l'avis de Dumoulin, on doit régler ce qui concerne la dot et les conventions matrimoniales d'après la loi du domicile du mari.

En résumé, la doctrine française au XVII^e siècle, au début, tout entière partissante de Dumoulin, commence avec Le Brun à élargir déjà sa doctrine et à préparer l'évolution à laquelle elle aboutira au XVIII^e siècle.

Cependant, comme nous l'avons annoncé plus haut, une décision allait mettre aux prises les deux doctrines contraires et d'Argentré allait l'emporter pour un instant sur Dumoulin. Nous voulons parler de l'arrêt du Conseil de Brabant, rendu le 3 novembre 1693, sur la très fameuse question.

Arrêt du Brabant Hollandais (1693)
rendu par le Conseil souverain de Brabant
rapporté par Vander Muelen dans sa fameuse dissertation
(d'après Boullenois).

Voici les espèces soumises au jugement de la Cour. Le nommé Pierre Foppens s'était marié à Bruxelles, lieu de son domicile, où la communauté entre conjoints n'existait pas. Il se maria sans contrat. Sa femme avait des biens situés dans le marquisat de Berg op Zoom, où la communauté de tous biens est admise entre époux. A la mort de la femme, il fut question de savoir si le mari pouvait prétendre, à titre de commun, à la moitié des biens patrimoniaux de la femme, situés à Berg op Zoom. Au conseil provincial de Brabant, on jugea par l'affirmative, en se basant sur les différentes lois de la situation des biens.

C'est le triomphe de la théorie de d'Argentré sur la théorie de la convention présumée de Charles Dumoulin. Nous trouvons une forte critique de cet arrêt dans Boullenois (1). Il rapporte l'opinion de Van der Muelen. Celui-ci observe que toute la difficulté consiste à savoir « si la communauté de ces sortes de biens entre conjoints naît de la simple célébration du mariage ou si elle naît de la loi ». Se rangeant à l'avis du Conseil de Brabant, Muelen admet qu'elle provient de la loi. Le mariage,

(1) *Traité des statuts*, tit. II, chap. V, obs. 29, p. 761.

déclare-t-il en substance, est une société de cœurs. Il donne au mari puissance sur la femme, mais ne touche en rien aux biens qui appartiennent à l'un et l'autre. Pourtant, le mariage sera la cause occasionnelle et déterminante de la loi, mais n'en sera pas la cause prochaine et immédiate : « le mariage ne produira pas la communauté de biens, mais la loi seule à propos du mariage ». Le mariage ne produisant pas la communauté, celle-ci ne peut naître que de la loi ou de la convention expresse. Celle-ci faisant ici défaut, on ne peut supposer de convention tacite. Celui qui se marie sans contrat se soumet à la loi du lieu où il contracte mariage, mais cette soumission n'a pas plus d'étendue que la loi et n'a, par conséquent, pour objet que les biens sur lesquels la loi porte. Aussi, quand les conjoints ont des biens situés dans des endroits régis par différentes lois, ils sont censés s'y soumettre tacitement. Ce n'est pas une convention, mais une soumission à la loi.

Cet arrêt fit renaître, parmi les jurisconsultes belges et hollandais, la controverse de Dumoulin et de d'Argentré. Les uns, comme le président Everard et Paul Voët, se déclarèrent pour la réalité, les autres, tels que Bourgoigne, Rondenburgh et Nuber, se prononcèrent pour la personnalité (1). Mais ce retour offensif de la doctrine de la réalité ne fut pas suivi de victoire, nous avons montré avec quel bonheur la doctrine de Dumou-

(1) Weiss, *loc. cit.*

lin fut corrigée par Jean Voët, qui fit produire à l'idée de l'autonomie de la volonté toutes ses conséquences logiques.

D'ailleurs, c'est l'opinion contraire soutenue par Dumoulin qui prévalut en France. En effet, la loi matrimoniale qui commande directement aux biens doit être resserrée à l'étendue du territoire où elle commande, mais la loi qui forme l'état et la convention des conjoints doit les suivre en tous lieux et cela est admis par toutes les nations.

En ce sens, il y a de nombreux arrêts (1), mais le plus typique est celui du Parlement de Paris du 29 mars 1640; Vasselli, un Lucquois, était établi commerçant à Paris, il se maria à Lucques, sans contrat, et revint à Paris, où il resta jusqu'à sa mort. A ce moment, sa veuve demanda le partage de la communauté. Le Parlement la débouta, déclarant que le régime matrimonial était soumis au régime dotal en vigueur à Lucques et que ce statut devait avoir effet partout. C'est l'application la plus nette de la théorie de Dumoulin. En 1778, la question fut encore tranchée en faveur du domicile matrimonial par un arrêt cité par Froland (2). L'avocat général y déclara même qu'il était indifférent qu'il y eut stipulation de communauté ou non et que la question devait se décider par les mêmes principes.

(1) Cour du Parlement de Paris, 1549.

(2) *Mémoires*, p. 334.

XVIII^e siècle

Au XVIII^e siècle, on assista au triomphe de l'opinion de Dumoulin. Celle-ci fut suivie par les jurisconsultes et par la jurisprudence. Pothier, dans son *Traité de la communauté* (1) et dans la coutume d'Orléans (2), y adhéra complètement : « On distingue la communauté conventionnelle de la communauté coutumière, qui a lieu sans convention expresse ». « Elle est appelée ainsi non qu'elle ait lieu *vi ipsius consuetudinis immediate et in se*, mais parce qu'à défaut de convention expresse, c'est la coutume qui règle ce dont les parties sont censées être convenu touchant la communauté de biens ». Et cela parce que ceux qui sont mariés sans contrat sont censés convenir de ce dont il est d'usage de convenir, suivant le principe : *in contractibus veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis in regione*. Et ce n'est pas parce que la coutume d'Orléans s'étend hors de son territoire que les biens acquis hors de celui-ci par le mari deviennent conquets de communauté, mais c'est par la convention implicite de communauté que l'on suppose intervenir entre les parties (3).

Est-ce à dire que la très fameuse question ait été alors tranchée d'une manière définitive? Nullement, l'époque moderne devait amener une réouverture du débat. L'au-

(1) Article préliminaire, nos 8 à 19.

(2) Introduction au titre X, nos 2 et 3.

(3) Coutume d'Orléans, introduction au titre X, paragr. 2 et 3.

tonomie de la volonté était encore appelée à recevoir des assauts. Certains internationalistes, repoussant l'idée de convention tacite qui formait la base de la doctrine de Dumoulin, ont vu dans le régime matrimonial légal un effet direct de la loi, excluant toute interprétation de volonté en dehors de l'existence d'un contrat de mariage.

C'est à l'étude théorique et jurisprudentielle de ces difficultés, sans cesse renaissantes, que nous allons maintenant nous livrer.

CHAPITRE II

Détermination du régime matrimonial

Nous venons d'étudier jusqu'ici l'historique de notre travail jusqu'à la période moderne, où la question ne se pose plus comme autrefois le plus fréquemment de province à province, mais de nation à nation. Une multitude de causes, tout d'abord la création de grands états, la facilité des communications, ont rendu les mariages entre sujets de pays différents une chose presque commune. Les auteurs modernes qui se sont attachés à rechercher la loi compétente pour déterminer le régime matrimonial auquel les époux sont soumis en droit international peuvent se classer d'après trois grandes opinions.

Les uns reprennent l'ancienne solution préconisée par d'Argentré. Ce sont presque uniquement des jurisconsultes anglais ou américains; mais cette opinion n'est plus défendue aujourd'hui.

Il ne se trouve en présence que deux grandes opi-

nions : l'une qui s'attache d'une manière absolue à la loi nationale du mari, l'autre qui ramène notre problème à une question d'interprétation de la volonté des époux.

Nous verrons que la première de ces opinions a pour elle à la fois l'autorité de maîtres indiscutés, de codes étrangers, de la convention de La Haye. Mais nous nous rattacherons cependant à la seconde, plus conforme à l'esprit de notre droit, aux règles générales qui dominent les conventions et qui est soutenue en France par la majorité des auteurs et a l'appui d'une jurisprudence presque constante.

Nous exposerons impartialement ces trois systèmes et c'est après leur critique raisonnée que nous adopterons cette opinion, la seule dont on puisse tirer les conséquences logiques sans être arrêté par des contradictions.

SECTION I. — Théorie des jurisconsultes anglo-américains.

Les jurisconsultes anglais et américains se sont ralliés au principe soutenu dans notre ancien droit par d'Argentré. Pour eux, les immeubles des époux, en l'absence de contrat, sont soumis au régime fixé par la *lex rei sitæ* et les meubles au régime légal du domicile matrimonial. « L'effet du mariage sur le territoire anglais en l'absence de contrat est régi par la loi anglaise, sans tenir compte du domicile des conjoints ni du lieu de célébration du mariage. En l'absence d'un pacte formel, la loi du domi-

cile matrimonial définit les droits des époux, en ce qui concerne la propriété mobilière leur appartenant à l'époque du mariage, ou acquise depuis par eux pendant le mariage. Par domicile matrimonial, il faut entendre le domicile du mari à la date du mariage; toutefois, il faut faire exception en faveur d'un nouveau domicile acquis aussitôt après le mariage et d'un commun accord entre les époux, accord qui serait antérieur au mariage » (1). C'est l'exposé le plus clair de la doctrine anglaise, d'ailleurs la même opinion a été soutenue par Wharton (2). Ce jurisconsulte combat la théorie par laquelle les acquisitions postérieures au mariage seraient régies par la loi d'un nouveau domicile acquis depuis le mariage. Il ne serait pas admissible qu'une femme anglaise, mariée en Angleterre sous le régime de la loi de séparation de biens, se voit retirer le bénéfice de cette loi, sur des acquisitions qu'elle pourrait faire, par un changement de domicile du mari. Mais si ce changement de domicile est immédiatement postérieur au mariage, et qu'il ait été fait *bona fide*, c'est par la loi de ce nouveau domicile que doivent être régis les biens. De même, sir Robert Phillimore (3) déclare formellement « qu'en l'absence de contrat, c'est la loi du domicile matrimonial qui régira les rapports pécuniaires des époux », et il conclut (4) :

(1) Westlake, *Private intern. law*, § 35-36.

(2) *Conflict of law*, § 496.

(3) *Private intern. law*, IV, 476.

(4) *Idem*, § 79.

« Il semble à l'écrivain de ces pages que, en ce qui concerne la propriété acquise avant le mariage, les droits de la femme ne peuvent être modifiés par aucun acte du mari postérieur au mariage; et que les mêmes principes seront, après examen, trouvés applicables à la propriété acquise depuis le mariage ».

Critique

Mais le principal défaut de ce système est de soumettre les biens des époux à des régimes différents, suivant qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles, et que les immeubles sont situés dans tel ou tel pays.

Pour l'intérêt des époux comme dans celui des tiers, l'unité et l'uniformité du régime matrimonial est nécessaire. Et c'est là la supériorité incontestable d'un régime unique produisant des effets extraterritoriaux. C'est ce qu'avait fort bien vu Dumoulin, lorsqu'il déclarait soumis à la même loi meubles et immeubles, et cette loi était invariable, car il établissait une sorte de présomption légale en faveur de la loi du domicile matrimonial, présumant la volonté des parties de le choisir. Mais, grâce à cette fiction de volonté, il étendait ce régime à tous les biens meubles et immeubles; tandis que, suivant en cela d'Argentré, les jurisconsultes anglais et américains réservent aux meubles seulement la loi du domicile et les immeubles, d'après eux, sont régis par la loi du pays où ils sont situés.

A cause des inconvénients résultant de ces différents régimes, l'opinion des jurisconsultes anglo-américains a été peu suivie. En France, elle n'a guère été défendue que par Mailher de Chassat (1). « Au lieu de dire qu'en l'absence de contrat, l'association conjugale, quant aux biens, ne cesserait pas d'être régie par le statut personnel du mari (article 1393 du code civil), il faut dire que, ce mariage étant valable en France, la loi française sera naturellement appelée en France à régir tous les effets de cette clause; mais là s'arrête sa puissance. Elle ne saurait aller jusqu'à diriger les effets de ce mariage sur le sol étranger, soit comme loi, soit comme volonté privée des parties. » Si les puissances admettaient une opinion contraire, ce ne serait, d'après cet auteur, que par l'application du principe de réciprocité, après une entente préalable.

**SECTION II. — Théorie qui fait prévaloir
d'une manière absolue la loi nationale du mari.**

Des auteurs considérables voient dans le régime légal un effet direct de la loi personnelle des époux. Par conséquent, s'il n'existe pas de contrat, il est inutile d'interpréter leur volonté; mais quelle est cette loi personnelle? Est-ce la loi du domicile des époux, est-ce la loi nationale du mari?

En faveur de la loi du domicile des époux, autrefois

(1) *Théorie des statuts*, p. 138.

Boullenois s'était déjà exprimé en ces termes : « Quand la coutume dit qu'il y aura communauté de biens ou qu'il n'y en aura pas entre conjoints, elle veut certainement fixer l'état et la condition des conjoints : elle veut, dans le premier cas, qu'ils soient associés en biens et cela perpétuellement et tout le reste de leurs jours ; et dans le second, elle veut que, quoique destinés à vivre ensemble pendant toute leur vie, il n'y ait jamais entre eux aucune société de biens, et cette manière de vivre ainsi entre gens unis à perpétuité par les liens du mariage me paraît former entre eux un état et une condition qui les affectent et qui sont inséparables de leurs personnes ; et c'est véritablement le cas de dire que *jus ponitur personæ* : la coutume regarde la personne ».

Cette façon de voir a été reprise de nos jours par de nombreux auteurs allemands et suisses. Nous pouvons citer Kierulf (1), Stobbe (2), Roth (3), et un auteur hollandais, Israëls (4).

Mais l'opinion la plus généralement admise est que c'est la loi nationale du mari qui régit le régime matrimonial des époux mariés sans contrat. M. Louis Renault s'est toujours montré un des plus chauds partisans de cette doctrine. Commentant, dans la *Revue Critique* de 1883, un jugement du tribunal de Marseille, confirmé

(1) 1, 79.

(2) § 34, n° 5.

(3) 1, 137.

(4) 299-309.

par un arrêté de la Cour d'Aix de 1882, il termine son commentaire par ces mots qui résument toute la doctrine opposée en ce cas à la jurisprudence : « Je suis disposé à penser qu'il faut rejeter ici l'idée de convention tacite, cette idée est le plus souvent fausse et elle est un non-sens dans le cas d'un contrat annulé. Voici comment j'expliquerai les dispositions légales en cette matière : la loi qui organise la famille et régit les rapports personnels de ses membres, règle aussi leurs intérêts pécuniaires. Ce règlement n'est pas impératif, en ce sens que les parties peuvent lui en substituer un autre, mais il s'impose toutes les fois qu'elles n'ont pas régulièrement exprimé une intention contraire. Ma conclusion serait donc que la loi nationale du mari qui régit les rapports des époux, détermine en même temps le régime sous lequel ils sont mariés, en l'absence de stipulation contraire ».

De même, M. Pillet (1) reprend cette manière de voir et la soutient très fortement. Il fait, en effet, remarquer que si les époux mariés en France ont fait un contrat déclaré nul, on leur impose le régime de communauté, dit de droit commun ; en droit international, au contraire, le droit de libre disposition des époux serait intact ; le juge serait seulement autorisé à déduire des circonstances le sens dans lequel ce choix se serait exercé ; et puisque la loi nationale du mari régit déjà les

(1) *Traité de droit international privé*, p. 458, n° 245.

rapports personnels du mari, conclut M. Pillet, pourquoi ne réglerait-elle pas leurs rapports pécuniaires?

Du temps de Dumoulin, les époux pouvaient savoir quelle loi régissait leurs biens. Ils n'avaient qu'à consulter un notaire, un avocat. Ceux-ci pouvaient leur dire qu'ils seraient régis par la loi de leur domicile. Aujourd'hui, la jurisprudence s'est écartée de cette solution : « Les juges ont considéré que la question du régime légal des étrangers mariés en France et des Français mariés à l'étranger relevait, non pas du domaine du droit obligatoire, mais du domaine de la convention des parties ». Il faut renoncer à cette façon de voir, il faut revenir au système du droit obligatoire. Mais quelle loi choisir pour l'imposer? La loi du domicile soulèverait de graves difficultés en ce qui concerne la détermination du domicile matrimonial des époux. La loi compétente doit être la loi nationale du mari. M. Pillet propose donc à la Société d'études législatives, qui ne s'occupait que du droit civil interne (revision du code civil), d'insérer ces articles nouveaux. C'est d'ailleurs sur l'inspiration de M. Weiss que la Société d'études législatives s'est occupée du droit international privé, pour lui faire plus tard une place dans notre code.

Article 1393 § 2. — Le régime matrimonial des étrangers mariés en France et des Français mariés à l'étranger est, à défaut de contrat de mariage, le régime légal adopté par la loi nationale du mari. Cependant, lorsque les époux étrangers auront, conformément à la faculté

qui leur est ouverte par l'article 75 § 2, opté pour le régime français, ils seront considérés comme mariés en communauté.

Article 75 § 2. — Au cas où les époux seront étrangers et déclareront n'avoir pas fait de contrat de mariage, il (l'officier de l'état civil) leur demandera s'ils entendent se soumettre au régime légal de la loi nationale du futur époux ou au régime légal français (1).

Nous verrons, plus loin, en étudiant la conférence de La Haye de 1905, que celle-ci n'a pas adopté entièrement ce point de vue et qu'elle n'a pas consacré ce principe qui permettait aux époux d'échapper à l'arbitraire d'une loi.

Nous ne pouvons citer tous les auteurs partisans de la loi nationale du mari. A l'étranger, les principaux sont, en Italie, Fiore (2). Il part d'un point de vue un peu différent. Il recherche quelle est la loi qui doit régler les effets civils du mariage et quel pouvoir ont les époux de modifier cette loi. Il conclut que le rapport entre l'individu et cette loi n'est pas facultatif, mais obligatoire. Quel que soit le lieu de célébration du mariage, cette loi est impérative. Comme le mariage forme un tout organique qui ne peut se diviser et que chaque Etat pourvoit, par le régime de droit commun qu'il impose, au cas

(1) Société d'études législatives ; régime légal des étrangers mariés en France et des Français mariés à l'étranger, séance de commission des 10 et 21 décembre 1908.

(1) *Droit international privé*, § 636, t. II.

d'absence de contrat, à l'intérêt des conjoints et de leur famille, c'est le régime national qui doit suivre le mari à l'étranger, comme les règles de capacité le suivent. Quel intérêt aurait la France à imposer la communauté à des Italiens, ou si un Français épousait une Italienne, quel intérêt aurait l'Etat italien à appliquer les règles de son code civil? En résumé, Fiore déclare rattacher le régime matrimonial des époux mariés sans contrat au droit commun du pays dont le mari est citoyen à l'époque de la célébration du mariage. — Cette théorie a encore pour défenseur, en Italie, M. Pietro Esper-son (1).

Dans le même sens encore, c'est-à-dire en faveur de la loi nationale, nous trouvons le jurisconsulte allemand Von Bar (2).

Cette théorie n'a pas seulement ses défenseurs doctrinaires; elle a été maintes fois appliquée en jurisprudence, comme nous allons le montrer dans une série d'arrêts dont nous ne citerons que les plus intéressants :

Le tribunal civil de la Seine, le 3 mai 1902 (3), avait à juger le cas d'une Française qui avait épousé successivement, à Aubervilliers, deux Italiens, le premier étant mort. Ayant eu des enfants des deux mariages, le tuteur des enfants du premier lit, à la mort de la mère, demanda le partage de la communauté qui aurait existé entre la

(1) Traduction Antoine Clunet, *Journal*, 1884, p. 209.

(2) *Theorie und praxis des internationalen Rechts*, § 481, t. I.

(3) Clunet, 1903, p. 366.

femme et le second mari. Il fut débouté, et le tribunal décida que la femme française épousant un Italien était devenue Italienne, et que, s'étant mariée sans contrat, le régime de séparation de biens s'imposait comme étant celui de la loi nationale du mari.

Le tribunal civil de Tunis, le 9 mars 1905 (1), faisant application de cette théorie, déclare mariés sous le régime tunisien une Anglaise qui avait épousé, sans contrat, un Tunisien et repousse une saisie sur les meubles propres de la femme.

L'arrêt qui est le plus clair au point de vue de l'application de la loi nationale du mari au régime matrimonial des époux mariés sans contrat, est assurément celui du tribunal civil de Toulouse, du 10 mai 1907. Bien que des époux, dans des actes notariés passés en France, aient déclaré qu'ils s'étaient mariés sous le régime de communauté légale, le tribunal a jugé que cette présomption d'écarter la loi nationale du mari ne suffisait pas, et il appliqua, en l'espèce, le code civil du canton des Grisons, où le régime de droit commun est celui de la communauté de biens et qui donne, à la dissolution du mariage, deux tiers au mari et un tiers à la femme (2).

Cette solution ne se retrouve pas que dans une partie de la doctrine et de la jurisprudence. Des législateurs

(1) *Revue de droit international privé*, p. 606.

(2) *Revue de droit international privé*, 1907, p. 771.

ont cru devoir lui donner l'autorité de leurs codes. Ainsi s'y rattachent le code civil italien (1), le code civil espagnol (2), le code civil portugais (3), et le code civil allemand (4). Mais ces lois, n'ayant de pouvoir que sur leurs territoires, ne tranchent pas la question; toutefois, elles assurent, par leur identité de principe, des solutions identiques dans les pays précédemment cités et cela est assurément une garantie pour les tiers traitant avec des conjoints mariés sans contrat en pays étranger.

La conférence de La Haye (5).

La codification du droit international privé continue ses progrès, mais plus l'œuvre avance, plus elle rencontre d'obstacles.

Bien qu'elle soit demeurée incomplète, l'œuvre de la conférence de 1905 est restée une des plus importantes. Elle avait pour objet de déterminer la loi applicable : 1° aux rapports personnels des époux; 2° à leurs rapports pécuniaires.

On appliqua aux rapports personnels des époux la loi

(1) Article 6 des dispositions préliminaires et art. 1381.

(2) Art. 1325.

(3) Art. 1107.

(4) Loi d'introduction, art. 15.

(5) M. Audinet, *Le régime matrimonial et le contrat de mariage d'après la conférence de La Haye du 17 juillet 1905. Revue de droit international privé*, 1910, p. 289.

nationale du mari, devenue loi commune par le mariage, et ceci ne souleva aucune difficulté; mais, pour ce qui est des rapports pécuniaires, la situation était beaucoup plus difficile.

En France, suivant une tradition qui remonte à Dumoulin, on admet que, si les époux ne font pas de contrat, c'est en vertu de leur volonté tacite que la loi s'applique. Pour connaître le régime légal, il faut donc rechercher l'intention des contractants, c'est une question de fait. Ce système est suivi également en Belgique et en Hollande.

Dans les autres pays, on considère le régime légal comme une dépendance du statut personnel : c'est donc la loi nationale du mari qui doit s'appliquer. Parmi les Etats représentés à La Haye, il en était plusieurs dont les lois consacraient expressément ce système, notamment : l'Allemagne, l'Italie, le Portugal.

Entre ces deux systèmes, toute entente paraissait impossible. Pour aboutir, les puissances ont adopté une solution transactionnelle. « La convention, à vrai dire, ne prend pas parti dans la controverse; elle ne consacre d'une façon absolue aucun des deux systèmes en présence. Tous les Etats peuvent suivre dans la pratique les règles qu'elle a adoptées, sans abandonner pour cela leurs préférences doctrinales ».

D'ailleurs, il faut bien reconnaître que le système français n'avait guère que les délégués français comme défenseurs.

La convention de La Haye qui, en 1904, a rédigé plusieurs projets de loi, s'est occupée, spécialement, dans son projet de convention' n° III, des biens des époux au paragraphe 2.

A cette conférence, établie le 14 juillet 1905, ont adhéré la France, l'Allemagne, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Suède.

Il y est déclaré formellement :

§ 2, *article 2*. — « En l'absence de contrat, les effets du mariage sur les biens des époux, tant immeubles que meubles, sont régis par la loi nationale du mari au moment du mariage.

Le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux n'aura pas d'effet sur le régime des biens. »

Cette solution était inévitable; elle a été unanimement acceptée. On ne pouvait pas, dans un traité diplomatique, confier aux tribunaux le soin de déterminer le régime matrimonial en interprétant, d'après les circonstances, l'intention des époux. Adopter la solution contraire, c'était ne pas aboutir : le régime légal aurait toujours dépendu des faits de la cause; on restait dans l'incertitude. Sans doute, on aurait pu, comme le proposait le délégué suisse, M. Roguin, laisser aux époux la faculté de choisir, et leur déclaration devant l'officier d'état civil aurait été inscrite dans le contrat de mariage. Mais cette idée ingénieuse était trop neuve pour pouvoir être accueillie.

Pour l'étendue de l'application du régime matrimonial, la convention n'a prévu que trois restrictions.

1° La loi étrangère qui règle le régime matrimonial ne s'appliquera pas aux immeubles placés sous un régime foncier spécial par la loi de leur situation (art. 7).

2° Chaque Etat a le droit d'exiger des formalités spéciales pour que le régime matrimonial soit sur son territoire opposable aux tiers (art. 8, 1°).

3° Chaque Etat se réserve le droit d'appliquer des dispositions ayant pour but de protéger les tiers dans leurs relations avec une femme mariée exerçant une profession sur le territoire de cet Etat (art. 8, 2°). Il a été entendu que cela ne concerne ni les femmes exerçant une profession libre ni les employées.

Nous ne pouvons discuter ces trois points qui nous écarteraient de notre sujet. Nous n'examinerons pas ici non plus la question de l'immutabilité des conventions matrimoniales que soulève l'article 2 *in fine*, car nous la retrouverons dans notre quatrième partie, où elle sera traitée spécialement.

Critique. — Avant la conférence, plusieurs auteurs, en France, MM. Weiss (1) et Despagnet (2), admettaient que la présomption en faveur de la loi nationale du mari était la plus raisonnable, mais ils pensaient, avec raison,

(1) *Loc. cit.*, III, p. 553.

(2) *Loc. cit.*, n° 326.

qu'elle pouvait être combattue par la preuve contraire. La conférence ne l'a pas admis.

Au reste, la solution de la conférence n'est pas sans inconvénients pratiques. Il faudrait notamment que la femme sût sous quel régime elle serait mariée et que ce régime recût une certaine publicité. Le gouvernement français, qui avait promis de prendre à ce sujet des mesures de droit interne, n'a rien fait.

Une des meilleures et des plus justes critiques de cette convention a été faite par M. Laisné (1). Dans cette étude, il déclare que l'acceptation par les tribunaux du principe de l'article 2 de la convention faciliterait singulièrement leur tâche. Mais la commission française avait demandé que, au cas où, par exemple, une femme française épouserait, en France, un étranger, l'officier d'état civil réunit, huit jours avant la cérémonie, les futurs conjoints et avertit la femme qu'elle prenait la nationalité de son mari et que, s'il n'était pas rédigé de contrat, c'est la loi nationale du mari qui régirait ses biens. Cette mesure était utile, car la femme peut se croire mariée sous le régime de communauté. La conférence n'en tint pas compte. Cette observation était pourtant très juste et il est regrettable que la conférence ne s'y soit pas ralliée.

Eu résumé, comme nous venons de le montrer, la doctrine et la jurisprudence, la première, par des raisons

(1) *Clunet*, 1907, p. 900 et suiv.

de droit, la seconde, par des raisons de fait, comme l'a fait très justement remarquer M. Laisné, tendent vers l'application du régime de droit commun de la loi nationale du mari aux époux mariés sans contrat, et cela, sur leurs biens tant présents qu'à venir et quels que soient les changements possibles de la nationalité du mari.

Arguments. — En faveur de cette théorie, nous allons exposer les arguments qui la soutiennent et nous les combattrons ensuite, ce qui nous amènera à exposer notre point de vue, d'après lequel tout se ramène à une question de fait, où il faut rechercher l'intention des parties.

1° Les effets civils du mariage sont soumis à la loi nationale du mari, il est rationnel de lui soumettre aussi les rapports pécuniaires des époux. En effet, un contrat de mariage ne devient valable qu'une fois le mariage célébré. En l'absence de contrat, la loi ayant pourvu par un régime choisi au régime des biens des époux, ce régime s'incorpore au mariage ; il en est en quelque sorte une conséquence, un produit. Les époux qui modifient, par le mariage, leur situation de capacité, ne peuvent la modifier que dans le sens prévu par la loi à laquelle ils sont soumis et de même que les règles de leur Etat les suivent à l'étranger pour savoir s'ils peuvent toujours se marier, de même le régime de droit commun imposé par leur loi nationale s'impose à eux à l'étranger, à moins d'une stipulation formelle.

2° D'ailleurs, ne serait-ce pas dénaturer les faits que

d'admettre que les époux mariés sans contrat se sont tacitement référés au régime légal? Il est faux que ce régime repose sur un accord tacite intervenu entre les conjoints. En fait, c'est le plus souvent par ignorance ou négligence que les époux ne font point de contrat; ils ne savent même pas, le plus souvent, quel est le régime légal qui réglera leurs rapports pécuniaires. En droit, l'acceptation du régime légal ne peut dépendre de la volonté des époux. Si les époux font un contrat adoptant un régime différent et que ce contrat soit annulé, pourrait-on soutenir que les époux ont accepté tacitement le régime légal que la loi leur impose? Il en est de même ici et c'est la loi qui commande les individus et qui supplée à leur absence de volonté.

3° Voici l'argument de fait qui nous paraît le plus sérieux : en voulant interpréter la volonté des époux, on laissera leur régime matrimonial dans l'indécision pendant tout le mariage.

N'est-ce pas pratiquement à la dissolution du mariage que se posera la question de savoir sous quel régime les époux sont mariés? Les tribunaux auront à ce moment à se faire une opinion sur la volonté présumée des époux et ils ne pourront appuyer cette présomption que sur des circonstances de fait qui se seront produites, soit au moment du mariage, soit encore plus fréquemment, au cours du mariage. En sorte que du vivant même des époux, les tiers ne peuvent être fixés sur le régime matrimonial qui gouverne leur patrimoine. De plus,

postérieurement à la célébration du mariage, les époux pourront créer des présomptions de fait en faveur de tel ou tel régime ou de telle ou telle loi et se ménager des preuves destinées à entraîner la conviction du juge. En résumé, incertitude sur le régime, et possibilité pour les époux de tourner la loi, voilà ce à quoi nous conduit la théorie de l'autonomie de la volonté. Si l'on admet, au contraire, que la loi nationale du mari régit les biens des époux, il suffit de se reporter à cette loi pour connaître la capacité des parties. C'est une garantie pour les tiers et pour les époux eux-mêmes qui vivront sous un régime certain.

SECTION III. — Théorie de l'autonomie de la volonté.

Pour réfuter les arguments des partisans de la loi nationale du mari imposée aux époux qui n'ont pas fait de contrat, nous allons exposer les raisons déterminantes qui militent en faveur de notre opinion : il ne faut donner la préférence à aucune loi ; il n'existe pas de criterium, tout se réduit à une question d'interprétation.

C'est la théorie de Dumoulin, mais modifiée par Jean Voët : il ne s'agit pas de règles de droit étroit, de conflits de province à province, mais par la création de grands Etats modernes, nous nous trouvons en face de nations qui repoussent l'application des lois étrangères souvent par une conception trop étroite de leur souveraineté. Au-dessus des lois des Etats, nous plaçons les

conventions des parties qui sont universelles et portent sur tous les biens des contractants. Nous leur assimilons les conventions passées par les époux qui, bien que mariés sans contrat, ont exprimé tacitement par leurs actes quelle est la loi de droit commun qu'ils ont voulu choisir.

1° En réponse aux arguments de nos adversaires, nous ferons remarquer que la doctrine qui s'attache absolument à la loi nationale du mari peut non seulement être en opposition manifeste avec la volonté des époux, mais de plus, léser gravement la femme. Comme l'a fait très judicieusement remarquer M. Laisné, la conférence de 1905 n'a pas tenu compte de ce fait que la femme qui s'est mariée, dans son pays d'origine, à un étranger sans faire de contrat, se croira presque sûrement mariée sous le régime de droit commun de son pays d'origine. L'homme lui-même, d'ailleurs, sera presque toujours incapable de renseigner, d'une façon précise, la femme sur la condition juridique créée à ses biens par le mariage. Aussi, la femme pourra, par ignorance, engager la bonne foi des tiers. Il eût été sage de tenir compte de toutes ces raisons. La conférence a passé outre, mais elle n'avait rien à leur opposer, car, si l'on impose un régime à des époux mariés sans contrat, on peut leur causer un grave préjudice, et c'est de ce préjudice que la conférence n'a pas voulu tenir compte.

2° La théorie qui impose la loi nationale du mari ne tient pas compte non plus de la nature même du régime

légal, en cas d'absence du contrat de mariage. En effet, dit-on, dans notre droit interne, la règle que les époux mariés sans contrat sont soumis au régime de communauté est impérative : ils la subissent, qu'ils le veuillent ou non ; et ils la subissent même lorsqu'ayant fait un contrat en sens contraire, ce contrat est annulé pour une cause quelconque. Comment cette règle impérative en droit interne deviendrait-elle facultative dans les rapports internationaux ?

Cette objection n'est pas sans réplique. Tout d'abord, il n'est pas vrai de dire qu'en droit interne, la règle qui détermine le régime de droit commun soit impérative. Ce n'est pas un effet légal du mariage. On ne pourrait pas s'expliquer comment, si cette règle était d'ordre public comme celles touchant l'état et la capacité des personnes, les époux pourraient y échapper, même en faisant un contrat. Il ne pourrait exister qu'un seul régime : ce serait la communauté. Mais les partisans de cette doctrine n'osent pas la pousser jusqu'au bout et reculent devant les conséquences logiques de leur idée. Au contraire, nous admettons que les époux sont libres de contracter : la loi supplée à leur manque d'expression de volonté en leur imposant un régime ; mais ce régime, en ne faisant pas de contrat, ils l'acceptent librement : il ne résulte pas du mariage, mais de la volonté tacite des époux. Evidemment, lorsqu'un contrat de mariage a été annulé, on impose la communauté aux époux. Mais ici, la question est tout autre, et ce régime, résultat

d'une décision de justice, prend date à dater du mariage, comme si une volonté contraire n'avait jamais été exprimée par les époux. Et c'est là ce qui confirme notre opinion. En ce cas seulement, le régime légal procède d'une mesure impérative de la loi, pour sauvegarder l'intérêt des tiers et faire respecter le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales qui est, à notre avis, d'ordre public. Mais, comment assimiler à ce cas celui où les époux n'ayant pas fait de contrat s'en sont volontairement remis à la loi du soin de régler le régime de leurs biens? Il nous semble que cela ne souffre pas la moindre discussion.

3° Enfin, comme M. Weiss l'a si bien montré, la théorie critiquée assimile les rapports pécuniaires aux effets du mariage, jouant sur les mots et créant une confusion. Elle fait du régime des biens des époux une dépendance de l'état des personnes et prétend y appliquer les mêmes règles. Or, tout au moins en droit français, jamais la loi n'a confondu l'état et les biens. Les rapports de famille qui naissent du mariage sont d'ordre public ; il n'appartient pas aux parties de les modifier ; c'est sur eux que repose la société et les conventions ne sauraient les atteindre. Mais comment peut-on logiquement leur assimiler les rapports pécuniaires qui découlent du mariage. En quoi l'ordre public est-il intéressé au régime des biens des époux : c'est là une question de fait et d'intérêt que les époux règlent à leur guise. Leur liberté n'est restreinte que par les mesures

de sécurité prises en faveur de tiers que les époux pourraient tromper. On impose aux époux l'immutabilité de leurs conventions matrimoniales : comment concilier cette idée avec la théorie de la loi nationale du mari ? Si l'on confond les effets civils et pécuniaires du mariage, chaque fois que le mari changera de nationalité, l'on se trouve en face de nouvelles règles impératives : pourquoi, si l'on assimile les rapports pécuniaires aux effets civils, ne pas les faire varier avec la nationalité du mari ? Encore une fois, les partisans de la théorie adverse ont reculé devant les conséquences de leur idée et ont proclamé l'immutabilité des conventions matrimoniales, se mettant ainsi en contradiction avec le principe même de leur doctrine. Or, à notre sens, une règle de droit n'est véritablement juridique que lorsqu'on peut en déduire toutes les conséquences, sans aboutir à des contradictions. Avec notre théorie, nous admettons que les époux sont libres de contracter : ils n'ont pas fait de contrat, on recherche leur volonté tacite : une fois fixée, elle est immuable, et ni les changements de domicile, ni les changements de nationalité, rien ne peut la modifier.

Il faut donc rechercher la solution du problème dans la règle énoncée par le code civil (1), d'après laquelle les rapports pécuniaires des époux rentrent dans la sphère de leur volonté libre. « Ce que les parties ont voulu doit être la loi de leur union ». Quand elles ont

(1) Art. 1387.

gardé le silence, c'est au juge qu'il appartient de rechercher les circonstances où leur volonté s'est manifestée, celles par lesquelles on peut interpréter leur silence et d'en déduire à quelle loi les parties ont voulu soumettre le régime de leurs biens. Comme nous croyons l'avoir établi, en dehors de cette idée, nous ne pouvons trouver qu'erreurs et que contradictions. Nous allons maintenant nous attacher à montrer que notre théorie a pour elle le double appui de la majorité des auteurs et de la jurisprudence française.

Doctrine.

La théorie de l'autonomie de la volonté a prévalu en doctrine, et puisque dans la première partie de notre étude, nous nous sommes arrêtés à Pothier, nous allons voir que tous les plus grands jurisconsultes, jusqu'à nos jours, se sont ralliés à cette idée, telle que nous l'avons présentée.

Merlin (1) dit en propres termes : « C'est par la loi du domicile matrimonial qu'on interprète les conventions nuptiales et qu'on y supplée en cas d'absence du contrat : en se mariant sans contrat, les époux sont censés s'en rapporter à la loi de leur domicile matrimonial et, par là, il se forme entre eux une convention tacite qui a la même autorité qu'une convention expresse. »

(1) *Conventions matrimoniales et lois.*

Aubry et Rau (1) reconnaissent qu'en l'absence de contrat, deux Français sont tenus au régime de communauté légale, même s'ils se marient à l'étranger, mais ce principe n'est pas rigoureux. Suivant les circonstances, si les Français se marient à l'étranger et y établissent leur domicile matrimonial, on peut admettre qu'ils ont voulu se soumettre au droit commun de ce pays ; et le cas est le même pour deux étrangers se mariant en France. Mais, s'il s'agit de mariages contractés entre Français et étrangers, « on doit présumer que les époux ont entendu adopter le régime formant le droit commun du pays où ils ont établi leur domicile matrimonial, quel que soit d'ailleurs le lieu où le mariage a été célébré » et c'est le domicile du mari qui en est le siège. Même règle pour le mariage sans contrat entre étrangers de nationalités différentes. D'ailleurs, le régime, une fois fixé par la loi du domicile que les époux sont présumés avoir adopté, ne peut plus varier, quels que soient les changements de domicile des époux.

Demolombe, parlant des époux mariés sans contrat, se demande par quelle loi seront régis leurs biens aujourd'hui que les coutumes sont abolies et que la question se pose entre nations. Ainsi, pour les immeubles des étrangers dont le pays aurait pour régime de droit commun le régime dotal, et qui seraient situés en France, devrait-on leur appliquer la communauté légale : non, car

(1) *Cours de droit civil français*, V, § 504 bis

« elle ne régit pas les biens des époux par l'effet nécessaire immédiat de la loi elle-même, mais bien par l'effet de la convention tacite et volontaire des époux ». Or, les époux étrangers mariés à l'étranger ne peuvent, sans contrat, être présumés avoir adopté la communauté légale. On devrait donc ici appliquer le régime dotal (1).

Baudry-Lacantinerie (2) déclare formellement : « Nous ne pouvons pas souscrire à la doctrine qui fait gouverner le régime légal par la loi nationale des époux au moment du mariage ». Il faut faire abstraction de toute idée de statuts réel ou personnel et ne tenir compte que d'un seul élément, la volonté des parties. Le régime légal n'est pas un statut, c'est une convention, et il ne faut pas créer *à priori* des présomptions ni rechercher un critérium là où tout se ramène à une question d'appréciation. « Sans doute, le domicile des époux au moment du mariage, le domicile matrimonial, c'est-à-dire celui qu'ils se proposent d'acquérir immédiatement après, la nationalité des conjoints pourront souvent être de sérieux éléments d'appréciation », mais il ne faut y voir que les raisons de décider. « Telle nous paraît être la vraie doctrine ». On ne peut être plus clair ni plus logique.

Laurent (3) n'est pas moins explicite : « Si les époux, qui ne font pas de contrat de mariage, sont placés sous

(1) Code civil, I, titre préliminaire, III, § 87.

(2) Lecourtois et Surville, *Du contrat de mariage*, t. I, § 76.

(3) *Droit civil international*, V, § 198.

le régime de communauté légale, c'est parce que telle est leur volonté tacite; il suffit qu'ils parlent pour que la loi cesse de leur être applicable..... Donc, la communauté dite légale est en réalité une communauté conventionnelle ». D'ailleurs, comme Laurent le fait très justement remarquer : dans une association, on peut comprendre les biens situés dans différents pays; en adoptant la communauté tacitement, pourquoi les époux n'y soumettraient-ils pas leurs biens, quel qu'en soit le siège ? « C'est en ce sens que l'on disait dans l'ancien droit que le statut de communauté était personnel. L'expression est impropre, mais l'idée qui y est attachée ne souffre plus aucun doute ».

Audinet se range aussi à cette manière de voir (1), mais il regrette que ce système laisse le régime matrimonial des époux dans l'incertitude, peut-être pendant tout le temps du mariage et il préconise une solution que nous reprendrons, par laquelle on devrait obliger les époux à choisir, devant l'officier d'état civil, la loi dont le régime réglerait leurs biens. Faute de quoi, on soumettrait leurs biens au régime de droit commun du pays où le mariage a été célébré. Commentant, dans la *Revue de droit international privé* (2), la convention de La Haye de 1905, Audinet reconnaît qu'admettre l'autonomie de la volonté pour l'adoption tacite du régime

(1) *Droit international privé*, § 578.

(2) 1910, p. 295.

légal était, pour la plupart des Etats, se mettre en contradiction formelle avec les règles de leur législation. La France seule pouvait, sans contradiction, l'admettre. « Le régime légal est volontairement accepté par les époux ; seulement, en l'absence de contrat, on présume qu'ils ont l'intention de se soumettre à la loi nationale du mari ». Mais, quelles que soient les raisons adoptées, elles ont toutes conduit au même terme. D'ailleurs, la solution de la conférence de 1905 n'est pas sans inconvénients pratiques, comme nous l'avons montré plus haut.

Surville et Arthuis (1) se rattachent aussi à la doctrine de Dumoulin, modifiée par Jean Voët; de même que Laurent, cité plus haut, ils proclament : « Il faut, pour déterminer le régime légal, faire abstraction complète des statuts personnel et réel et ne tenir compte que d'un seul élément, la volonté des époux ». Et de même qu'Audinet, ils reconnaissent qu'admettre cette manière de voir serait pour les Italiens, les Espagnols, les Hollandais, les Allemands, se mettre en opposition avec leur législation, qui rattache le régime des biens aux relations de famille du mariage. D'ailleurs, comme MM. Surville et Arthuis le font très justement remarquer, la jurisprudence de ces pays n'a pas osé pousser jusqu'au bout leur principe. Sinon, que deviendrait l'immutabilité des conventions matrimoniales avec les changements de nationalité et ce serait logique de les faire

(1) *Cours élémentaire de droit international privé*, § 371 et 372.

varier ensemble. Au contraire, grâce à la théorie que nous préconisons, rien n'est plus simple : la volonté des époux, une fois manifestée, crée un état de choses irrévocable. Et Surville et Arthuis ne considèrent le domicile matrimonial et la nationalité des époux que comme des éléments d'appréciation.

M. Weiss se rallie aussi à cette opinion (1). Il écrit : « Ce « système », quelle que soit la loi personnelle à laquelle il donne la préférence et quel que soit l'appui qu'il rencontre dans telle ou telle législation étrangère, voire même dans la convention de La Haye de 1905, nous paraît affecté d'un vice fondamental : Il fait du régime des biens une dépendance de l'état des personnes et prétend lui appliquer les mêmes règles. Il méconnaît par là la différence capitale qui existe, dans notre droit français, tout au moins, entre les rapports de famille qui naissent du mariage et les rapports pécuniaires que ce même mariage engendre ». Et voici, à notre sens, la plus juste critique du système qui prétend établir juridiquement que la loi nationale du mari s'applique aux époux mariés sans contrat. Ce système, quoi que disent ses partisans, n'est pas juridique; il est peut-être pratique, mais la doctrine doit le rejeter, car il pêche par sa base reposant sur une confusion volontaire; l'état des personnes et le régime des biens sont souvent connexes, mais ne sont point mêmes choses. « C'est donc par une

(1) *Droit international privé*, III, chap. III, sect. IV.

idée de convention tacite que l'on doit expliquer le régime légal des époux mariés sans contrat » (1). Mais, comment déterminer cette volonté, il ne saurait exister de critérium, reconnaît M. Weiss, « c'est une question de fait et d'appréciation ». Et M. Weiss recommande aussi cette mesure qui serait fort désirable d'exiger des époux une déclaration au moment de leur mariage; faute de quoi, les étrangers mariés en France seraient réputés comme les Français, communs en biens.

D'ailleurs, cette théorie a pour elle d'avoir été adoptée par l'Institut de Droit International de 1888, qui est une des sources les plus autorisées en la matière par l'esprit juridique et dégagé de toutes passions politiques de l'heure présente qui l'animait. L'Institut, réuni en séance plénière à Lausanne, a adopté une série de conclusions (2). Nous en extrayons textuellement les articles 14 et 15 : « 14) A défaut d'un contrat de mariage, la loi du domicile matrimonial, c'est-à-dire du premier établissement des époux, régit les droits patrimoniaux des époux, s'il n'appert pas des circonstances ou des faits l'intention contraire des parties. — 15) Un changement du domicile ou de la nationalité des époux ou du mari, n'a aucune influence sur le régime une fois établi entre les époux, sauf les droits des tiers ». Ainsi, l'Institut accepte la doctrine issue de la conception de Dumou-

(1) *Idem.*

(2) 5 novembre 1888, *Annuaire de droit internat. privé*, X, p. 78.

lin, corrigée par Jean Voët. C'est la volonté probable des époux qu'il faut considérer, cette volonté n'est pas nécessairement attachée à la loi du domicile matrimonial, c'est dans le doute qu'il faut se reporter à cette dernière loi.

Jurisprudence.

La jurisprudence française, à part peu de dérogations, s'est constamment ralliée à cette manière de voir et cela prouve que notre doctrine est une doctrine vraiment française. Il nous est impossible de commenter ici tous les arrêts rendus en la matière; nous nous bornerons donc à donner la liste de tous ceux dont nous avons connaissance.

La Cour de cassation, 1855 (1), dans un arrêt un peu trop absolu, comme les notes le confirment, impose aux époux mariés sans contrat la loi du domicile matrimonial comme étant celle à laquelle ils sont censés s'être forcément rattachés.

La Cour de cassation, le 18 mai 1886 (2), rend un arrêt déjà beaucoup plus large : « A défaut de contrat de mariage, le régime de deux étrangers qui se marient sur le territoire français est déterminé par la loi nationale des époux et non par la loi française, lorsque lesdits

(1) D., 1856, 1, 9.

(2) D., 1887, 1, 277.

époux ont manifesté, lors de leur union, la volonté de rester régis par leur statut personnel ».

La Cour d'appel de Paris, 25 novembre 1891 (1), est pleinement d'accord avec notre opinion, elle réduit la question à une interprétation de la volonté des parties : « considérant que, à cet égard, sans doute, la constatation du domicile des époux doit être retenue en tant que contribuant à révéler leur intention... ».

La Cour d'appel de Lyon, 16 février 1903 (2), au sujet du régime matrimonial de deux époux hanovriens, tranche la question par des raisons de fait et leur applique le droit commun français, après avoir recherché les intentions possibles et les intérêts des époux.

Le tribunal civil de la Seine, 15 avril 1910 (3), se reporte à la loi nationale du mari pour un Italien, marié en France avec une étrangère, mais uniquement parce que le tribunal a apprécié que, retournant en Italie, les époux n'ont pas eu l'intention de déroger à une mesure impérative de leur code et que les faits semblent corroborer cette manière de voir (4).

(1) D., 1892, 2, 505.

(2) Clunet, 1904, p. 401.

(3) *Revue de droit international privé*, 1910, p. 855.

(4) Autres arrêts : Paris, 3 août 1849, D., 1849, 2, 182 ; Paris, 15 décembre 1855, D., 1855, 2, 192 ; Aix, 22 juin 1886, Clunet, 1888, p. 515 ; Paris, 7 décembre 1887, D., 1888, 2, 265 ; Paris, 11 juillet 1889, Clunet, 1889, p. 845 et 849 ; Chambéry, 23 novembre 1891, Clunet, 1892, p. 468, Cass., 9 mars 1891, D., 1891, 1, 459 ; Alger, 27 février 1894, D., 1894, 2, 320 ; Paris, 24 mai 1895, D., 1896, 2, 53 ;

Les tribunaux décident même qu'il faut rechercher l'intention des parties non seulement dans les circonstances antérieures ou concomitantes au mariage, mais aussi dans celles qui sont postérieures au mariage. Ainsi, la Cour d'appel d'Amiens, 24 mars 1904 (1), déclare dans son arrêt : considérant « que les circonstances postérieures au mariage sont sans intérêt, si elles ne permettent pas de déterminer les intentions des époux au moment du mariage ». C'est la théorie de l'autonomie de la volonté dans son acception la plus large.

Même dans le cas où la loi nationale des époux leur interdirait tel ou tel régime, comme la loi italienne, qui prohibe la communauté pour les époux mariés sans contrat, la jurisprudence admet les époux au bénéfice de la communauté légale française, si telle semble avoir été leur intention. La Cour de cassation, le 4 mars 1857 (2), admet que deux époux sardes, mariés sans contrat en France, sont soumis au régime de communauté, car ils ont fixé en France leur domicile matrimonial. De même, la Cour d'appel de Grenoble, 3 juillet 1907 (3), fait application de cette doctrine à un Italien

Grenoble, 26 janvier 1897, D., 1897, 2, 214; Alger, 2 mai 1898, D., 1898, 2, 457; Douai, 2 février 1899, Clunet, 1899, p. 825; Amiens, 24 mars 1904, *Revue de droit international privé*, 1907, p. 220; Alger, 2 janvier 1908, D., 1909, 2, 69; Paris, 11 novembre 1909, *Revue de droit international privé*, 1910, p. 855.

(1) *Revue de droit international privé*, 1907, p. 220.

(2) D., 1857, 1, 102.

(3) D., 1908, 2, 403.

marié à Grenoble avec une femme de Savoie ; considérant que cet homme avait toujours vécu en France, qu'il avait perdu tout contact avec son pays et que, dans des actes notariés, il avait déclaré opter pour la communauté légale, la Cour lui applique la communauté légale française, rejetant l'application de la loi nationale que le code italien impose.

En résumé, la doctrine à laquelle nous nous sommes ralliés, c'est-à-dire celle de Dumoulin, modifiée d'après Jean Voët, est la doctrine véritablement française, comme origine et comme direction générale des idées et des principes qui se dégagent du code. Et nous venons de montrer qu'elle a pour elle de s'appuyer à la fois sur la doctrine, sur les travaux de la conférence internationale de Lausanne et sur la jurisprudence.

CHAPITRE III

Applications de la théorie de l'autonomie de la volonté.

Nous sommes arrivés dans les chapitres précédents de cette étude, en éliminant les théories contraires, après discussion, à cette conclusion, qu'en l'absence de contrat de mariage, il faut rechercher à quelle loi les époux ont entendu tacitement soumettre le régime de leurs biens; et nous avons vu que le rôle du juge est d'interpréter cette volonté tacite des époux, de même que le juge doit rechercher la volonté tacite des parties, lorsqu'il s'agit d'un contrat quelconque, d'une convention dans laquelle les parties n'ont pas expressément manifesté leur volonté.

A cet égard, il est intéressant de signaler que les mêmes règles qui s'appliquent aux contrats en général, doivent s'appliquer particulièrement au contrat de mariage, si l'on accepte notre doctrine. Il y a similitude de cas et par conséquent similitude de règles.

Quand on se trouve en présence d'une convention

quelconque, il faut appliquer le principe de l'autonomie de la volonté, et cela ne souffre aucun doute dans aucune doctrine ni dans aucune législation. C'est, si l'on ose s'exprimer ainsi, une loi internationale. Et comment, d'ailleurs, pourrait-il en être autrement? Suppose-t-on qu'une loi, qu'une législation entrave la liberté de contracter de ses sujets? Ce serait la mort des relations extérieures pour les habitants de ce pays. En France, le code civil a sanctionné ce principe par l'article 1387. Les parties contractantes ont le droit de se soumettre à une loi étrangère quelconque et c'est à cette loi qu'il faut se référer pour savoir à quelles conditions le contrat est valable et le sens et la portée des clauses de ce contrat. Toutefois, si les parties n'ont pas expressément manifesté leur volonté, le juge doit rechercher quelle a pu être leur volonté tacite. Pour cela, il doit examiner les circonstances dans lesquelles le contrat a été passé. C'est, en général, « ce faisceau de faits et de contingences qui lui permettra de découvrir l'intention des parties ou de la présumer et de leur appliquer la loi à laquelle elles sont supposées s'être référées ». La jurisprudence admet même qu'il s'agit là d'une question de fait pur. La Cour de cassation n'en doit donc pas connaître, puisqu'il ne s'agit pas d'une présomption *juris et de jure*. La Cour de cassation a d'ailleurs établi la jurisprudence en la matière, par son arrêt du 19 mai 1884 (1) : il y est

(1) D., 1884, 1, 286.

dit en propres termes : « Attendu que la Cour de Besançon, en s'attachant aux circonstances particulières de la cause, en a conclu que les parties contractantes avaient voulu se soumettre à la loi française et que c'est là une appréciation qui échappe à la censure de la Cour de cassation... ». Nous pouvons en conclure que la jurisprudence est toute en faveur de notre théorie sur l'application de la règle de l'autonomie de la volonté à la matière des contrats.

Mais, nous en concluons aussi que c'est la même règle qu'il faut appliquer aux conflits de lois relatifs au régime matrimonial et nous allons le démontrer. Mais, en faveur de quel criterium trancherons-nous la question ? Faut-il, même en admettant notre théorie, interpréter la volonté tacite des époux en faveur de la loi nationale, de la loi du domicile matrimonial ou de la loi du lieu de célébration du mariage ?

Nous n'admettrons aucun criterium absolu. Nous avons déjà démontré plus haut, en combattant les doctrines adverses, à quels illogismes on s'exposait en imposant au juge une présomption légale d'interprétation de la volonté des époux. Cette loi doit être uniquement déterminée par les circonstances de fait de la cause et la seule chose que l'on puisse présumer, c'est que les époux ont entendu se référer à la loi qu'ils devaient le mieux connaître. Et c'est là, à notre avis, le principe directeur en cette matière; à moins de circonstances tellement précises que l'opinion du juge se trouve entraî-

née, en cas de doute, on doit trancher la question en faveur de la loi que les époux connaissent le mieux et ce sera tantôt la loi nationale du mari, tantôt la loi du domicile matrimonial, mais plus rarement, la loi du lieu de célébration du mariage. Par suite, les tribunaux admettront telle ou telle solution, d'après les espèces qui leur seront soumises.

Maintenant que nous venons d'exposer le problème et notre opinion, nous sommes amenés à diviser notre sujet en deux sections pour le simplifier et en rendre l'étude plus claire. Nous envisagerons donc deux hypothèses : les époux sont de même nationalité; les époux ne sont pas de même nationalité.

SECTION I. — Les époux sont de même nationalité.

Nous sommes en face de l'hypothèse la plus simple, en même temps que la plus favorable à notre doctrine. En effet, s'il s'agissait d'un contrat autre que le contrat matrimonial, tout le monde serait facilement d'accord pour admettre qu'en l'absence d'une expression de volonté, les parties sont censées s'être référées tacitement à leur loi nationale commune. C'est la seule qu'on puisse les supposer connaître. C'est là l'opinion du jurisconsulte Laurent (1), opinion reprise et sanctionnée

(1) *Droit civil international*, nos 430 et 433.

par la Cour de cassation le 19 mai 1884 (1). La Cour se range à cet avis que lorsqu'un contrat a été passé à l'étranger entre français, il appartient aux juges du fait de décider souverainement, d'après les circonstances de la cause, que l'intention des contractants a été de se soumettre à la loi française. Dans le même sens, la Cour d'appel de Paris, le 19 mars 1907 (2), soumet à la loi américaine un contrat de transport passé entre un sujet américain domicilié en Amérique et une compagnie dont le siège social était en Amérique. Le contrat avait été passé dans une agence de cette société à Paris. La Cour a jugé avec raison que les parties avaient songé en contractant à leur loi nationale et là leur appliqua. Mais c'est là une présomption de fait pur, comme le dit fort justement, dans son arrêt de 1884, plus haut cité, la Cour de cassation, et dont le tribunal et la Cour d'appel sont seuls juges. Si des circonstances particulières on pouvait déduire qu'en contractant, les parties ont visé une autre loi que celle de leur pays d'origine, ce serait par cette loi qu'on devrait interpréter leur contrat. Supposons que les parties aient depuis longtemps quitté leur pays, qu'elles se soient établies à l'étranger, en y créant une famille, qu'elles y aient le siège de leurs intérêts moraux et pécuniaires, il sera vraisemblable d'induire de leur silence que la volonté de ces parties a

(1) D., 1884, 1, 286.

(2) D., 1909, 2, 350.

été de soumettre leur contrat à la loi de leur domicile. Cette opinion a été préconisée par M. Weiss (1). Comme il le fait fort justement remarquer, il vaut mieux, le plus souvent, s'attacher à la loi nationale pour l'interprétation des contrats, car le lien de nationalité est plus stable que celui du domicile. Le domicile peut n'être qu'éphémère, mais encore une fois, ce n'est là qu'une question de fait et « rien n'oblige le juge à l'accepter aveuglément ».

Ce que nous venons de démontrer pour les contrats ordinaires est également vrai pour les conventions matrimoniales. Et comment pourrait-il en être autrement? Puisque nous admettons qu'il y a lieu, dans leur silence, d'interpréter la volonté des époux, comment les façons de l'interpréter pourraient-elles varier? Mais, en matière de contrat de mariage, on doit être encore plus difficile sur les règles d'interprétation de la volonté : c'est le seul point à remarquer. Nous allons, bien entendu, étudier le cas semblable où les deux époux se mariant à l'étranger sont de même nationalité.

Il semble préférable de présumer qu'ils se sont référés à leur loi nationale, suivant en cela l'opinion de M. Weiss, car, en notre matière, la loi apportant certaines limitations aux droits des contractants par leur mariage, il est à présumer que les conjoints qui, vraisemblablement, ne connaissent pas toujours très bien leur

(1) *Droit international privé*, IV, p. 354 et suiv.

loi nationale, connaîtront encore moins la loi étrangère. Mais cette présomption n'est pas irréfragable. Ce n'est qu'une présomption interprétative de la volonté des parties. L'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 1886 (1), tranche une fois de plus la question, en sanctionnant la décision des juges du fond, en l'occurrence la Cour d'appel d'Alger, qui avait appliqué à deux juifs marocains mariés en Algérie, le régime du statut marocain israélite; et la Cour de cassation décide en propres termes : « Les parties ont usé de la liberté que possèdent les étrangers résidant en France d'échapper aux lois françaises alors en vigueur, en manifestant, autant que possible, suivant les circonstances, la volonté de contracter leur union sous l'empire des lois qui devaient la régir dans leur patrie ». Nous pouvons citer de nouveau, comme appliquant la loi nationale des époux d'une manière interprétative, les arrêts que nous avons déjà rencontrés plus haut au cours de ce travail (2).

Mais, comme nous l'avons déjà vu en étudiant ces arrêts et comme vient de nous le montrer une fois de plus l'arrêt de 1886, il ne faut voir qu'une simple présomption de volonté dans l'application de leur loi nationale aux époux de même nationalité mariés sans contrat. Ce n'est pas une règle absolue, comme voulait l'imposer M. Renault, une présomption légale. La Cour

(1) D., 1887, 4, 277.

(2) Paris, 7 décembre 1887, 30 décembre 1891, 24 mai 1895; Amiens, 24 mars 1904; Alger, 2 janvier 1908; Paris, 11 novembre 1909.

de cassation et nos tribunaux n'ont jamais voulu voir en cette matière que des questions de fait pur, à trancher suivant les circonstances et c'est pourquoi nous allons montrer que, suivant les faits, on peut se référer également à la loi du domicile des conjoints.

La Cour d'Aix, le 27 novembre 1854 (1), décide que le mariage accompli en France sans contrat, entre deux étrangers, est soumis au régime de la communauté légale établi par la loi française, alors surtout que l'intention des époux d'adopter ce régime est démontrée par les circonstances. Il s'agissait là, en l'espèce, de deux Genevois mariés sans contrat à Toulon. La Cour décida que, vu les faits de la cause, il n'était pas douteux que les époux n'aient visé, en se mariant, la loi française et leur appliqua la communauté légale.

La Cour de Paris, 5 février 1887 (2), soumet au régime de droit commun sarde, c'est-à-dire à la loi nationale du mari, le régime matrimonial de deux époux sardes mariés en France. « Aucunes conventions matrimoniales n'étant intervenues entre les époux Duroni au moment de leur mariage, ils doivent être réputés avoir voulu soumettre leur association conjugale à la loi de leur nationalité ».

De même, plus près de nous, la Cour de Grenoble, le 3 juillet 1907 (3), déclare en termes encore plus explicites

(1) D., 1857, 2, 43.

(2) Clunet, 1887, p. 190.

(3) D., 1908, 2, 403.

pour notre théorie que l'arrêt de 1854, que, pour déterminer, en l'absence de contrat de mariage, le régime matrimonial de deux époux étrangers mariés en France, il faut uniquement rechercher, d'après les circonstances, s'ils ont voulu se référer à leur loi étrangère ou à la loi française; et en l'espèce, la Cour appliqua la loi française à deux Italiens mariés en France sans contrat.

C'est toujours l'application du même principe de la liberté des contrats que nous retrouvons et comme nous venons de le montrer, lorsque deux contractants, époux ou non, sont de même nationalité, il dépend du tribunal d'interpréter souverainement leur silence.

SECTION II. — Les époux ne sont pas de même nationalité.

Nous nous trouvons en présence de la situation la plus complexe que présente le droit international privé. En effet, il ne peut plus s'agir de régler le régime matrimonial par une loi nationale commune. Alors, en faveur de quelle loi serons-nous amenés à trancher le débat? Nous allons pour cela examiner successivement l'ensemble des décisions de jurisprudence qui se rapportent à notre matière et nous en tirerons la conclusion. Mais quelle que soit la loi à laquelle ces décisions se rattachent, il importe de ne jamais perdre de vue que ces lois ne sont choisies qu'en tant que présomptions de

fait, interprétatives de la volonté tacite des parties. La masse des arrêts et jugements peut se diviser en trois catégories :

1° Loi du lieu de célébration du mariage.

Ces décisions sont les plus rares. Nous allons toutefois les exposer :

La Cour d'Amsterdam, le 16 décembre 1893 (1), décide : vu qu'un Allemand s'était marié sans contrat à Amsterdam avec une Hollandaise, il est à supposer que la loi hollandaise doit s'appliquer. En effet, la femme néerlandaise est supposée connaître sa loi et ignorer la loi étrangère; quand elle se marie dans sa patrie, elle entend donc s'en rapporter à sa loi nationale, à moins qu'elle ne manifeste le contraire par un acte de volonté. Mais le mari, de plus, en épousant dans son pays une femme étrangère, doit être réputé avoir voulu, lui aussi, adopter le régime de communauté, qui est le régime hollandais de droit commun, et qui est en même temps la loi du lieu du mariage. — Il faut ajouter que les faits de la cause sanctionnaient cette décision des juges néerlandais.

De même, il se dégage implicitement des attendus et de la solution donnée au litige tranché par le tribunal

(1) Clunet, 1896, p. 220.

de la Seine, le 11 mars 1904 (1), que « lorsque deux étrangers se sont mariés sans que leur union ait été précédée d'un contrat de mariage, leurs intérêts pécuniaires doivent être réglés conformément au régime de droit commun du pays de la célébration du mariage ». En l'occurrence, il fallait leur appliquer la communauté, conformément au droit commun du Chili.

Enfin, une décision du tribunal de Marseille, du 30 mai 1908 (2), tranche en faveur de la loi du lieu de célébration du mariage le cas d'un Italien marié en France à une Française, sans avoir fait de contrat. Le tribunal appuyait sa décision sur les faits de la cause et en tirait l'opinion présumée des époux.

2° *La loi nationale du mari.*

En faveur de cette solution, nous trouvons un beaucoup plus grand nombre de décisions de justice. Nous allons les examiner successivement :

Cour d'appel d'Aix du 8 novembre 1870 (3) : un Français épouse une Autrichienne à Salonique, et il n'y a aucune stipulation relative au régime auquel les époux entendent soumettre leur association conjugale et il n'y a aucune présomption à ce sujet. La Cour déclare qu'à

(1) *Revue de droit international privé*, 1907, p. 943.

(2) *Revue de droit international privé*, 1910, p. 857.

(3) D., 1871, 2, 216.

défaut de convention spéciale, la femme est censée suivre la condition de son mari et celui-ci accepter le statut local ou celui de sa nationalité. Ici, les deux se confondent et, sans trancher la question, la Cour applique la communauté, présumant toutefois que les époux ont, en ce cas, eu pour but la loi française.

La Cour d'Aix, le 24 décembre 1885 (1), confirmant un jugement du tribunal civil de Grasse, admet également qu'un Français épousant une étrangère en Sardaigne, ne saurait par ce fait seul être présumé avoir adopté la loi sarde, et déduisant des faits de la cause l'intention secrète des parties, rattache le régime matrimonial à la loi nationale du mari, en l'occurrence à la loi française, et cela malgré les dénégations du mari.

La Cour d'appel de Chambéry, 1^{er} avril 1885 (2), applique le même principe d'interprétation et, n'ayant aucun élément d'appréciation positif, applique la loi nationale du mari, les époux étant de nationalités différentes.

De même, la Cour de Paris, le 9 juin 1898 (3)), déclare formellement qu'au cas où deux époux de différentes nationalités se marient sans contrat, et sans qu'on puisse induire des faits leur intention présumée, « la présomption doit être admise en faveur du statut personnel du mari, chef de famille et maître de l'association conjugale ».

(1) Clunet, 1888, p. 95.

(2) D., 1896, 2, 432.

(3) Clunet, 1898, p. 931.

La Cour de Douai, 2 février 1899 (1), écarte dans son arrêt la loi du domicile matrimonial et des faits de la cause, applique la loi nationale anglaise à deux époux mariés en France devant le consul anglais, sans contrat, le mari étant Anglais, la femme Française; en effet, le mariage dans cette cause était nul suivant la loi française, et cela montrait bien l'intention des époux de répudier notre loi.

Nous allons examiner maintenant les arrêts les plus nombreux et les décisions les plus fréquentes qui tranchent la question en faveur de la loi du domicile matrimonial.

3° Loi du domicile matrimonial.

C'est déjà en faveur de la loi du domicile que Dumoulin tranchait la *famosissima quæstio*, mais d'une façon trop absolue, nous l'avons montré précédemment. Il ne faut pas perdre de vue dans tous les arrêts et décisions que nous allons examiner, que si les tribunaux tranchent la question en faveur du domicile matrimonial, c'est en se basant sur une interprétation de la volonté des époux, les circonstances la faisant présumer telle :

La Cour d'Alger, le 16 février 1867 (2), impose à un Napolitain, marié en Algérie devant son consul, la com-

(1) Clunet, 1899, p. 825.

(2) Sirey, 1868, 2, 48.

munauté légale, car il résulte des faits de la cause que le mari avait établi son domicile matrimonial en Algérie et qu'il y a vécu sans esprit de retour.

La Cour de cassation, le 18 août 1873 (1), tranche également en faveur de la loi du domicile matrimonial le cas du mariage sans contrat, passé devant le consul anglais de Nice, entre un Anglais et une Française. Le mari avait formellement déclaré fixer son domicile matrimonial en Angleterre. Bien qu'il ait depuis lors perdu l'esprit de retour, la Cour appliqua la loi anglaise, comme loi du domicile matrimonial au moment du mariage.

La Cour d'Angers, le 4 février 1875 (2), déclare que lorsqu'un Français épouse hors de France, dans ce cas à la Havane et dans la forme espagnole, une étrangère sans contrat de mariage, l'association conjugale est régie par la loi du domicile du mari, à moins que, au moment de la célébration du mariage, il n'ait eu l'intention de se fixer à l'étranger sans esprit de retour; en conséquence, en la matière, la Cour appliqua la communauté légale, le mari ayant manifesté l'intention suivie de garder son domicile à Bordeaux.

La Cour de Bordeaux, le 24 mai 1876 (3), déclare dans le même sens : « Attendu que « Forgo », qui avait

(1) D., 1874, 1, 258.

(2) D., 1876, 2, 143.

(3) D., 1878, 2, 79.

conservé sa nationalité d'origine, mais qui n'a jamais eu la pensée de retourner en Bavière et s'est marié à Pau, sans contrat, est censé avoir adopté le régime matrimonial établi par la loi française ».

La Cour de cassation, le 15 juillet 1885 (1), applique la communauté légale à un Américain domicilié en France et y épousant une Française.

La Cour de Pau, le 26 juillet 1886 (2), déclare, au sujet d'un mariage contracté par un Français avec une Péruvienne, au Pérou : « Attendu que les époux « Cohe » ont immédiatement quitté l'Amérique pour venir s'établir à Oloron-Sainte-Marie, que Léon Cohe y a fait une déclaration de domicile, qu'il y a fait transcrire son acte de mariage..., qu'il suit de là que le domicile matrimonial choisi par les époux était en France » et par ces motifs, la Cour les déclare mariés sous le régime de communauté légale.

Nous avons déjà, au cours de cette étude, examiné les arrêts suivants que nous mentionnerons à cette place pour l'application qu'ils font de la loi du domicile matrimonial aux époux mariés sans contrat :

Paris, 12 juillet 1880, Chambéry, 23 novembre 1891, Alger, 27 juillet 1894..

La Cour d'appel de Caen, 28 mai 1900 (3), déclare dans son arrêt : « Qu'en l'absence de tout contrat réglant les

(1) D., 1885, 1, 451.

(2) D., 1887, 2, 63

(3) Clunet, 1900, p. 982.

conditions civiles du mariage, contracté entre personnes de nationalités différentes, c'est la loi du domicile matrimonial qu'il convient d'appliquer, c'est-à-dire la législation du lieu où ce domicile a été fixé dans l'intention du mari lors du mariage ». Dans le cas, la Cour appliqua le régime de communauté légale à un Français marié à Londres avec une Anglaise.

Nous avons encore, dans le même sens, les arrêts suivants (1) : Paris, 10 décembre 1901 ; Lyon, 15 février 1903 ; Montpellier, 25 avril 1904.

De tous ces arrêts que nous venons de rapporter, il se dégage ce fait très net que la majorité de la jurisprudence est en plein accord avec la doctrine de l'autonomie de la volonté que nous avons soutenue. Cette conclusion s'impose. Parmi tous les arrêts cités, soit qu'ils donnent la préférence à la loi du lieu de célébration du mariage, soit à la loi nationale du mari, soit à la loi du domicile matrimonial, il n'en est pas un seul qui ne tranche la question par des raisons de fait et non par des raisons de droit, qui ne se détermine non d'après un critérium absolu, mais d'après les circonstances de la cause. C'est en pleine harmonie avec la règle que nous avons énoncée, que tout se ramène à une question d'interprétation de la volonté tacite des époux.

Mais, tout en restant fidèle à notre principe, il peut se présenter le cas où rien ne peut faire présumer que

(1) Précités.

les époux ont entendu se rattacher à une loi plutôt qu'à une autre. Alors quelle loi sera présumée celle qu'ils auront choisie pour régir leurs biens par un accord tacite de volonté?

Nous allons reprendre les deux hypothèses déjà examinées et nous essaierons de déterminer la loi qui doit être préférée.

A. — *Les époux ont la même nationalité.*

Lorsque les époux sont de même nationalité, il nous semble que le système qui doit être préféré est celui qui rattache le régime matrimonial à la loi nationale du mari. C'est celui, en effet, que les époux doivent le mieux connaître. Comme nous l'avons déjà vu, cette opinion a été défendue par plusieurs auteurs et notamment par M. Weiss (1). C'est, en effet, le système qui répond le mieux à l'intention probable des parties.

Ainsi, supposons que deux Français se marient en Angleterre sans faire de contrat. Ils y ont leur domicile. Aucune circonstance ne permet d'interpréter leur volonté. Il est naturel de penser qu'ils ont voulu adopter le régime de droit commun français, la communauté légale.

De même, deux étrangers, mariés en France sans contrat et y étant domiciliés, seront réputés avoir adopté le régime de droit commun de leur pays d'origine.

(1) *Loc. cit.*

Ces solutions découlent naturellement de cette idée que la loi que les parties ont dû avoir en vue au moment de leur mariage est celle qu'ils connaissaient le mieux. Or, quelle peut être cette loi, sinon la loi de leur pays d'origine, la loi nationale du mari?

Mais cette solution est toute différente de celle qui rattache d'une manière absolue et en toute circonstance à la loi nationale du mari le régime matrimonial, comme le préconisent, nous l'avons déjà dit, MM. Pillet, Bartin, Renault, et comme l'a voulu la convention de La Haye de 1905. D'après nous, c'est en vertu d'une interprétation tacite de la volonté des époux et seulement lorsque ceux-ci sont de même nationalité qu'on peut leur appliquer la loi nationale du mari. De plus, si une circonstance vient détruire cette présomption de volonté, le juge doit trancher la question en faveur de la loi que les époux seraient censés avoir voulu choisir. Il est bien évident que, dans les deux exemples cités plus haut, si les époux avaient perdu tout esprit de retour, s'ils avaient passé des actes laissant supposer qu'ils s'étaient soumis au régime de droit commun de leur pays d'élection, on devrait leur appliquer la loi de leur domicile matrimonial.

Ce n'est donc qu'à défaut de circonstances faisant présumer leur sentiment qu'on applique aux époux de même nationalité leur loi nationale. Et ceci nous permet de comprendre comment le régime matrimonial est immuable. Reposant non sur la mesure impérative d'une

législation, mais sur une interprétation de la volonté tacite des époux, leur régime matrimonial s'étendra à tous les biens, sans pouvoir être modifié, ni par la volonté des époux, ni par les changements de nationalité du mari. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales découle donc logiquement de l'opinion que nous avons admise, tandis qu'il est en contradiction flagrante avec l'opinion contraire.

B. — *Les époux sont de nationalités différentes.*

Si les époux sont de nationalités différentes, le problème est tout autre. Comme nous l'avons déjà vu, il ne peut s'agir, au cas où aucune circonstance ne peut faire présumer la volonté tacite des époux, d'interpréter leur silence d'après la loi qu'ils sont censés le mieux connaître. Ce serait évidemment pour chacun d'eux leur loi nationale et le conflit serait insoluble, car, bien que la femme prenne la nationalité du mari, il n'est pas douteux qu'elle doive principalement connaître la loi de sa nationalité d'origine. Aussi, il nous semble qu'il faut, en ce cas, faire abstraction de la question de nationalité et nous supposerons que les époux sont censés avoir voulu adopter la loi de leur domicile matrimonial, c'est-à-dire du domicile où ils ont établi, au moment du mariage ou immédiatement après, le centre de leurs occupations. Puisque c'est par la loi de ce lieu que seront interprétés les actes que les époux pourront pas-

ser avec les tiers, il est à présumer que les époux, en faisant cette élection de domicile, ont voulu y rattacher le régime de leurs biens. C'est la loi qu'ils étaient à même de mieux connaître tous les deux. Evidemment, ici, la présomption de volonté des époux nous semble plus fragile et les tribunaux pourront se contenter d'indices plus légers pour l'éarter et appliquer une autre loi. C'est cependant la solution à laquelle se rattachent le plus grand nombre d'arrêts, comme nous venons de le voir plus haut.

Mais ce serait une grave erreur que confondre cette solution avec celle que préconisait Dumoulin. Dumoulin proclamait, en effet, qu'il fallait toujours interpréter la volonté des époux, mais il ne se servait de ce principe que pour étendre à tous leurs biens le régime qu'il leur imposait, en présumant, d'une manière irréfragable, que les époux avaient voulu tacitement se référer à la loi de leur domicile. C'était fausser absolument la notion de l'autonomie de la volonté : les termes mêmes du principe signifient que les parties sont libres de choisir un régime et elles sont aussi libres de régler, comme bon leur semble, leurs conventions matrimoniales, tout en respectant l'ordre public, que de les soumettre tacitement à la loi qu'il leur plaît de choisir.

Nous avons vu, d'ailleurs, dans le premier chapitre, comment l'opinion de Dumoulin avait été rectifiée par Jean Voët. C'est cette solution que nous admettrons dans l'hypothèse où les époux sont de nationalités différentes.

Si aucune indication contraire de la volonté des parties ne résulte des circonstances de la cause, nous donnons la préférence à la loi du domicile matrimonial pour régler le régime des biens des époux de nationalités différentes, mariés sans contrat.

CHAPITRE IV

Effets du régime matrimonial

Après avoir mis en lumière le critérium de détermination du régime matrimonial, nous devons, pour que notre étude soit complète, indiquer quels sont les effets de ce régime.

Ces effets peuvent se ramener à deux principaux :

1° L'extra-territorialité.

2° L'immutabilité.

En premier lieu, le régime matrimonial produit des effets extra-territoriaux, c'est-à-dire qu'il gouverne, en principe, tous les biens des époux, en quelque pays qu'ils se trouvent.

En second lieu, le régime matrimonial est immuable, c'est-à-dire qu'il demeure le même, malgré les changements de patrie ou de domicile des époux.

Nous allons nous attacher, dans les deux sections de ce chapitre, à chacun de ces caractères essentiels.

SECTION I. — Effets extra-territoriaux du régime matrimonial.

Les questions à envisager, au point de vue des effets extra-territoriaux du régime matrimonial, ne sont pas particulières à l'hypothèse où il n'a pas été fait de contrat de mariage. Il convient néanmoins de les examiner, précisément parce qu'elles concernent notre hypothèse, aussi bien que celle où il a été rédigé un contrat de mariage.

Que le régime matrimonial soit fixé par un contrat ou par la loi, il produit des effets extra-territoriaux, et s'applique à tous les biens des époux, meubles ou immeubles, quel que soit le lieu où ils se trouvent situés. Telle est la règle. Après l'avoir établie et en avoir examiné les conséquences, nous rechercherons les exceptions qu'elle comporte (1).

Le principe.

Le principe des effets extra-territoriaux du régime matrimonial découle de cette idée fondamentale que la volonté des parties joue un rôle prépondérant, en ce qui concerne le règlement de leurs intérêts pécuniaires. Le régime qui a été adopté, soit par un contrat exprès,

(1) Sur les effets extra-territoriaux du régime matrimonial voir : Weiss, *loc. cit.*, p. 555 et suiv.; Audinet, *Observations sur les effets extra-territoriaux des régimes matrimoniaux*, dans *Revue de droit international privé*, 1906, p. 102 et suiv.; Surville et Arthuys, n° 367; Despagne de Bœck, n° 331; note de Marcel Nast, *Dalloz*, 1910, 2, 233.

soit par une adhésion tacite, étend ses conséquences en tous lieux, sans qu'il y ait, en aucune manière, à distinguer entre les conséquences relatives aux immeubles et celles relatives aux meubles. Cette universalité résulte de la notion de l'autonomie de la volonté : les conventions, expression de la volonté de l'homme, ne voient pas leur efficacité enfermée dans les limites d'un territoire ; elles valent au delà des frontières. Pour faire bénéficier de cette notion les époux qui n'ont pas fait de contrat de mariage, il suffit de considérer qu'ils ont eu une volonté tacite, qu'ils ont entendu régler le régime de leurs biens par référence à un régime organisé par la loi. C'est cette considération qui a été l'idée nouvelle et féconde apportée par Dumoulin. La soumission à un régime légal est une convention tacite ayant, comme une convention expresse, une efficacité universelle.

La reconnaissance de ce principe a d'abord été faite timidement par la jurisprudence, transportant en cette matière la vieille théorie des statuts et par l'interprétation excessive qu'ils donnent à l'article 3, paragraphe, du code civil, nos tribunaux ont manifesté quelque tendance à restreindre aux meubles les effets du régime choisi par les parties, en dehors des frontières du pays dont la législation l'autorise (1).

(1) Cassation, 2 mai 1825, Sirey, 1825, 1, 117 ; Cassation, 4 mars 1829, Dalloz, 1829, 1, 166 ; Cassation, 25 novembre 1846, Dalloz, 1847, 1, 48 ; Metz, 9 juin 1852, Dalloz, 1852, 2, 139 ; Cassation, 4 avril 1881, Sirey, 1883, 1, 65 ; Cassation, 2 avril 1884, Dalloz, 1884,

Mais, aujourd'hui, les arrêts appliquent, sans difficulté, la règle dont il s'agit (1). D'après une décision de Monaco, du 7 mai 1910, par exemple, les immeubles situés sur le territoire monégasque et appartenant à des époux français, mariés sous le régime de la communauté légale, peuvent être aliénés librement par le mari pendant une instance en divorce, bien que, d'après l'article 15 de l'ordonnance monégasque du 5 juillet 1907, le mari ne puisse aliéner les immeubles de la communauté, sans l'autorisation du tribunal supérieur. De même, c'est à la loi qui régit le statut matrimonial des époux à déterminer la capacité de la femme, relativement à l'administration de ses biens (2).

C'est surtout à propos de l'inaliénabilité dont certaines lois frappent les immeubles dotaux que la question de l'extra-territorialité du régime matrimonial a été agitée. Supposons un pays où le régime légal soit le régime dotal avec inaliénabilité. On a prétendu que la règle de l'inaliénabilité était une règle de statut réel et que, par suite, elle frapperait les immeubles dotaux d'une femme étrangère, alors même que la loi personnelle de cette femme les déclarerait aliénables (3). Cette

1, 277. Voir Weiss, *loc. cit.*, note 2 ; Renault, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1885, p. 584.

(1) Paris, 10 décembre 1901, Dalloz, 1905, 2, 128 ; Cassation, 18 juillet 1905, Dalloz, 1906, 1, 70 ; Alger, 2 janvier 1908, Dalloz, 1909, 2, 69 ; Monaco, 7 mai 1910, Dalloz, 1910, 2, 233.

(2) Notamment Cassation, 29 juillet 1901, Dalloz, 1902, 1, 249.

(3) Duranton, t. I, n° 85.

solution était, à notre avis, complètement erronée. L'article 3, paragraphe 2, du code civil dispose que « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». Il résulte de cette disposition que toutes les lois relatives aux immeubles doivent recevoir leur application en France, sans aucune considération de personnes. Il est, en effet, naturel et légitime que le régime économique et civil du territoire français soit organisé par les lois françaises. Par suite, l'article 3, paragraphe 2, s'applique aux lois qui classent et définissent les biens immobiliers, à celles qui déterminent le nombre, la nature et les effets des différents droits que les particuliers peuvent avoir sur les choses (propriété, usufruit, servitude, hypothèques, etc.). Ainsi, un étranger ne pourrait pas réclamer, en France, un droit réel immobilier que notre législation ne connaît pas, sous prétexte qu'il existe dans son pays. La décision de l'article 3 concerne aussi les lois relatives aux saisies et aux modes de transmission des immeubles. Dans toutes ces questions, il s'agit, on le voit, de l'organisation du régime de la propriété française; dès lors, on conçoit très bien que cette organisation appartienne au seul législateur français. On discute sur le point de savoir si l'article 3, paragraphe 2, s'applique à la transmission des immeubles après décès par la succession *ab intestat*. La jurisprudence admet que la dévolution héréditaire des immeubles est régie exclusivement par la loi fran-

gaise (1). Nous n'avons pas à examiner cette question, qui ne rentre pas dans le cadre de notre travail.

La disposition de l'article 1554 du code civil, qui déclare inaliénables les immeubles dotaux de la femme mariée sous le régime dotal, peut-elle être regardée comme une disposition intéressant le régime économique et civil de la propriété en France? On devrait répondre affirmativement, si l'on estimait que l'article 1554 frappe les biens dotaux d'une indisponibilité réelle. Mais, cette conception est aujourd'hui généralement abandonnée. On considère l'inaliénabilité dotale comme une mesure de protection de la femme et de la famille, en d'autres termes, comme un renforcement de l'incapacité de la femme, incapacité que celle-ci a librement acceptée en se soumettant au régime dotal. En conséquence, la règle de l'inaliénabilité échappe à la disposition de l'article 3, dont nous nous occupons.

« L'immeuble dotal est inaliénable, dit très justement M. Labbé (2), par un motif tiré de la situation de la femme. C'est parce que la femme est, en fait, sous l'ascendant de son mari; c'est parce que, en fait, une femme qui a confiance en son mari, ou qui ne veut pas troubler la paix de son intérieur, aliène, promet, s'oblige, sous la seule inspiration de son mari. C'est parce qu'on

(1) Cassation, 2 avril 1884, Dalloz, 1884, 1, 277; Cassation, 20 juin 1887, Dalloz, 1888, 1, 288.

(2) Labbé, *Rev. critique de législation et de jurisprudence*, 1886, p. 5.

a voulu que la femme ne fût pas victime de sa confiance ou de sa faiblesse. Voilà pourquoi le fond dotal a été déclaré inaliénable ».

« Si la loi défend à la femme d'aliéner ses biens dotaux, dit M. Weiss (1), ce n'est pas le moins du monde qu'elle entende grever ces derniers d'une sorte d'indisponibilité, dans l'intérêt de l'Etat. C'est une incapacité contractuelle qu'elle organise, par l'interprétation de la volonté des parties, et elle l'organise dans l'intérêt privé de la femme..... L'intérêt général n'exige pas, en France, que la dot de la femme ne puisse être aliénée; et ce qui le prouve, c'est que, tout en acceptant le régime dotal, les futurs Français sont libres de renoncer à l'application de l'article 1554. Or, une règle qui n'est pas pas d'ordre public interne, puisqu'une convention particulière entre Français y déroge valablement, ne peut évidemment être d'ordre public international et enchaîner la volonté des époux étrangers, qui, en admettant un régime dotal étranger, dans lequel les immeubles demeurent aliénables, ont suffisamment manifesté leur intention de se soustraire aux prescriptions de la loi française ».

On ne saurait souhaiter une plus claire démonstration. En vertu des précédentes idées, on admet aujourd'hui, en doctrine et en jurisprudence, que les immeubles dotaux situés en France et appartenant à des étran-

(1) *Loc. cit.*, p. 557.

gers sont aliénables, si la loi qui régit le statut matrimonial des époux (par exemple la loi espagnole) ne consacre pas la règle de l'inaliénabilité dotale. Il s'agit d'une question qui ressortit à l'autonomie de la volonté et qui doit être soumise à la loi régissant le régime matrimonial des époux (1).

On peut donc conclure qu'à l'heure actuelle, la règle de l'extra-territorialité du régime matrimonial, dont l'élaboration a été commencée par Dumoulin, se trouve pleinement dégagée et appliquée, soit que ce régime ait été expressément défini par un contrat de mariage, soit que les époux aient tacitement réglé leurs intérêts pécuniaires en se référant, par leur silence, à un régime organisé par la loi.

Les exceptions.

Au principe de l'extra-territorialité du régime matrimonial, il y a lieu, nous l'avons dit, d'apporter certaines restrictions.

Ces restrictions ont été exactement formulées par la convention de La Haye, du 17 juillet 1905. L'article 7 dispose que la loi étrangère qui régit le régime matrimonial ne s'applique pas aux immeubles placés par la loi de leur situation sous un régime foncier spécial. Aux termes de l'article 8, paragraphe 1, chaque Etat

(1) Notamment tribunal civil de la Seine, 20 août 1884, *Clunet*, 1885, p. 76.

pourra exiger des formalités spéciales pour que le régime des biens puisse être invoqué contre les tiers. D'après l'article 8, paragraphe 2, chaque Etat se réserve le droit d'appliquer les dispositions ayant pour but de protéger les tiers, dans leurs relations avec une femme mariée, exerçant une profession sur le territoire de cet Etat (1).

Ce sont là les seules restrictions apportées par la convention de La Haye à l'exterritorialité du régime matrimonial.

Toutes les exceptions possibles au principe des effets extra-territoriaux du régime matrimonial peuvent se résumer dans une formule générale et s'expliquer par une idée unique : celle de l'ordre public.

L'autonomie de la volonté s'arrête et la loi du statut matrimonial cesse de s'appliquer lorsqu'elles se heurtent à une disposition d'ordre public de la *lex fori*.

Nous en trouvons un exemple dans l'hypothèse inverse de celle que nous examinions tout à l'heure. Nous disions que la règle de l'inaliénabilité dotale ne s'applique pas aux immeubles possédés en France par une femme étrangère, si la loi qui régit le statut matrimonial de cette femme n'admet pas l'inaliénabilité dotale. Au contraire, deux conjoints français, mariés sous le régime

(1) Sur ces dispositions de la convention de La Haye, voir : Audinet, *Le régime matrimonial et le contrat de mariage*, d'après la convention de La Haye du 17 juillet 1903, dans *Revue de droit international privé*, 1910, p. 307 et suiv. et p. 310 et suiv.

dotal, prétendraient vainement invoquer l'inaliénabilité qui résulte de ce régime dans un pays où la législation locale la répudie comme portant atteinte à la libre circulation des biens. En ce sens, il a été décidé que les immeubles dotaux possédés en Espagne par une femme française sont inaliénables, parce que le principe de l'aliénabilité des biens dotaux a, en Espagne, un caractère d'ordre public (1).

Pourquoi cette différence de solutions dans les deux hypothèses contraires dont il s'agit ? C'est que, dans le premier cas, la disposition de l'article 1554 du code civil français, n'ayant aucun rapport avec le régime économique et civil de la propriété et tendant seulement à procurer à la femme un supplément de protection qu'elle est libre de ne pas vouloir, ne présente aucun caractère d'ordre public. Dans le second cas, au contraire, la règle de l'aliénabilité des biens dotaux est considérée par le code espagnol comme touchant au régime économique de la propriété espagnole; l'inaliénabilité dotale est prohibée dans ce pays par cette raison qu'elle entraverait la circulation des biens et, par suite, compromettrait la richesse nationale; il y a là, manifestement, une disposition d'ordre public qui vient faire échec à la règle d'exterritorialité du régime matrimonial.

C'est par application de l'idée d'ordre public que, toujours en matière de régime dotal, la prohibition d'aug-

(1) Surville, *Revue critique*, 1888, p. 260.

menter la dot pendant le mariage s'applique même aux étrangers qui, en France, possèdent des immeubles dotaux (1).

C'est encore pour la même raison que, s'il est vrai de dire que la détermination des conventions permises ou interdites aux époux appartient à la loi nationale de ceux-ci, il n'est pas admissible que ces conventions produisent des effets dans un pays où elles seraient contraires à l'ordre public. Ainsi, on considère comme applicables aux étrangers eux-mêmes et comme faisant échec à la loi étrangère qui gouverne leurs rapports pécuniaires, l'article 1387 qui interdit aux époux toutes stipulations contraires aux bonnes mœurs; l'article 1390 qui défend aux époux de stipuler, d'une manière générale, que leur association conjugale sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux abrogés par le code civil.

SECTION II. — Immutabilité du régime matrimonial.

Les époux peuvent changer de patrie par la naturalisation. En outre, ils peuvent transporter dans un autre pays leur domicile matrimonial.

Le régime matrimonial, fixé suivant les idées que nous avons dégagées, suivra-t-il les fluctuations de la nationalité ou du domicile, ou bien restera-t-il identique à ce

(1) Surville, *loc. cit.*; Weiss, t. III, p. 544 et 558.

qu'il était au moment où s'est formé l'accord des parties ?

En droit interne, l'article 1395 du code civil décide que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. Ainsi que l'a dit un arrêt de la Cour de cassation (1), « la volonté de la loi, lorsqu'elle a garanti la fixité des conventions matrimoniales, a été d'assurer la paix intérieure des familles et leurs droits acquis, en fermant toute espérance et toute attente de modifications ultérieures, et en ne permettant pas de livrer aux discussions et à l'incertitude des volontés réciproques les conditions solennellement arrêtées sur la foi desquelles le mariage a été contracté ».

La question de l'immutabilité du régime matrimonial se présente d'une manière différente en droit international. Il ne s'agit plus, en effet, de savoir si les époux peuvent, par des conventions postérieures à la célébration de leur mariage, modifier le régime de leurs biens tel qu'il a été établi au moment du mariage : question à laquelle l'article 1395 du code civil français répond d'une manière négative, dans une disposition qui est certainement d'ordre public. Il s'agit de savoir si le régime matrimonial des époux va se trouver changé par suite de leur changement de nationalité ou de la translation de leur domicile dans un autre pays que celui où ils se

(1) Cassation, chambre civile, 11 janvier 1853, Dalloz, 1853, 1, 17.

sont mariés. C'est encore, on le voit, un aspect du conflit de lois qui peut se produire en matière de régime matrimonial.

Au problème ainsi posé, on s'accorde généralement à répondre que le régime matrimonial ne subit aucune modification par le fait d'un changement de nationalité ou de domicile postérieur au mariage. Et cette solution est formelle, quelle que soit la loi que l'on considère comme applicable aux rapports pécuniaires des époux. Ajoutons que l'article 2, paragraphe 2 de la convention de La Haye, du 17 juillet 1905, consacre le principe d'immutabilité, en décidant que le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux n'aura pas d'influence sur le régime de leurs biens.

La règle que nous venons de formuler ne peut, à la vérité, être mise en doute que par ceux qui rattachent le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, envisagé comme disposition de droit interne, au statut personnel (1).

Dans cette manière de voir, si la loi nationale des époux les autorise à modifier leurs conventions au cours du mariage, ils pourront, par un contrat de mariage postérieur au mariage, modifier le régime légal sous lequel ils vivaient jusqu'alors. En acquérant la nationalité d'un pays dont la loi n'édicte pas le principe de

(1) En ce sens : Orléans, 24 février 1904, Glunet, 1904, p. 680 ; Tribunal civil Seine, 21 juin 1910, dans *Revue de droit international privé*, 1911, p. 352.

l'immutabilité (l'Allemagne, la Suisse, par exemple), ils pourront, le cas de fraude excepté, se soustraire à ce principe, s'il était consacré par leur loi nationale antérieure.

Mais, pour ceux qui font dépendre d'une manière absolue le régime matrimonial de la loi nationale du mari, ce régime ne subit pas de modification, par suite d'un changement de nationalité ou de domicile.

Cette immutabilité s'impose, à *fortiori*, si l'on admet que la détermination du régime légal est une question d'interprétation de volonté. C'est la conception que nous avons adoptée et dont nous croyons avoir montré le bien-fondé. Là encore, nous allons voir jouer l'idée de l'autonomie de la volonté et c'est de cette idée que découle directement la règle d'immutabilité. En effet, l'application du régime légal repose sur une présomption de volonté tacite. Cette volonté produit des effets universels dans l'espace; elle ne peut être détruite par ce fait que les époux ont franchi les frontières, ont transporté, dans un autre pays, leur domicile ou acquis une autre nationalité. Ces événements demeurent sans influence sur la convention primitive qui, pour être tacite, n'en a pas moins été véritable. Les volontés antérieurement échangées doivent toujours être respectées.

Telle est la justification théorique de la règle de l'immutabilité du régime matrimonial en droit international.

Cette règle se justifie encore par des considérations d'ordre pratique. Il serait, en effet, dangereux de permettre au mari de modifier, par son fait, la convention expresse ou tacite qui a fixé les droits des époux. « L'immutabilité des conventions matrimoniales, proclamée par la loi française, serait ainsi facile à éluder, dit M. Weiss (1), au détriment de la femme et des tiers, pour lesquels, d'ailleurs, la naturalisation obtenue par le mari est *res inter alios acta* et ne peut être la source d'aucun préjudice ».

(1) Weiss, *loc. cit.*, t. III, p. 559 et la note. Dans le sens de l'immutabilité : Audinet, *loc. cit.*, n° 597 ; Cassation, 30 janvier 1854, Dalloz, 1854, 1, 61 ; Chambéry, 19 janvier 1864, Dalloz, 1862, 5, 86 ; Aix, 21 mars 1882, Dalloz, 1883, 2, 22 ; Alger, 13 décembre 1897, Dalloz, 1901, 2, 77 ; Trib. Marseille, 12 juillet 1907, Clunet, 1908, p. 83 ; Trib. empire allemand, 25 novembre 1895, Dalloz, 1898, 2, 292.

CHAPITRE V

Hypothèque légale de la femme mariée

Quel que soit le régime matrimonial que l'on impose aux époux mariés sans contrat, celui du domicile, du lieu de célébration ou celui de la loi nationale du mari, il est des législations qui accordent à la femme certaines sûretés pour garantir la restitution de ses apports.

En France, la loi accorde à la femme une hypothèque légale.

Sur tous les immeubles de son mari et sur ceux qu'il pourra acquérir, la femme a un droit d'hypothèque que lui accorde la loi et elle ne peut y renoncer; cette hypothèque garantit ses droits et ses créances contre son mari (1).

Mais la femme mariée étrangère pourra-elle exercer sur les immeubles de son mari son droit d'hypothèque légale, quel que soit le lieu de la situation des biens, sans avoir à tenir compte, à cet égard, de la loi étran-

(1) Code civil, art. 2121, 2122.

gère? C'est une question fort complexe et sur laquelle la doctrine reste divisée.

Nous ne pouvons la discuter ici avec les développements qu'elle comporte, car elle se rattache à la théorie générale de la condition des étrangers en France. C'est pourquoi nous nous bornerons à exposer les différentes opinions qui se sont produites.

SECTION I.

Une première question se présente à l'esprit : une femme étrangère jouit-elle, en France, du bénéfice de l'hypothèque légale? N'est-ce pas une faculté de droit civil que le code a entendu réserver à nos nationaux?

La jurisprudence se prononce en ce sens, soutenue par une partie de la doctrine; mais tel n'est pas notre avis et nous allons exposer d'abord les arguments qui défendent cette opinion pour les combattre ensuite.

Pour refuser aux femmes mariées étrangères l'application de l'hypothèque légale en France, MM. Aubry et Rau tiennent le raisonnement suivant :

L'article 2121 n'a pas pour objet principal de régler la condition juridique d'un immeuble, mais a pour but de protéger la femme mariée : ici l'affectation hypothécaire n'est pas l'objet direct de la loi, mais seulement le moyen qu'elle emploie pour arriver au but précédemment indiqué, on ne peut donc y voir des règles rela-

tives aux statuts des immeubles et, cependant, on ne peut pas non plus considérer ces dispositions comme rentrant dans le statut personnel.

Même en admettant que l'article 2121 puisse être classé parmi les dispositions relatives aux régimes des immeubles, on serait toujours forcé d'admettre que c'est en vue de garantir les intérêts pécuniaires de certaines personnes privilégiées qu'il a été établi ; et qu'ainsi, même en rattachant au statut réel la disposition de l'article 2121, son application serait toujours subordonnée à la question de savoir si le bénéfice qu'elle établit constitue ou non un de ces droits civils dont, aux termes des articles 8 et 11, la jouissance est exclusivement réservée aux Français. L'hypothèque légale constitue de plus une faveur spéciale dont le législateur a voulu faire profiter la femme mariée française : on ne voit pas du tout pourquoi il aurait voulu étendre cette sollicitude à la femme mariée étrangère. D'ailleurs, l'hypothèque légale ne peut être considérée comme une institution de droit des gens ; si certains peuples l'admettent, d'autres la rejettent, comme l'Angleterre, l'Ecosse, la Hollande, l'Autriche, la Russie, et plusieurs cantons suisses. Enfin, l'article 2121 ne s'applique pas seulement à la femme mariée, au mineur, à l'interdit, mais encore à l'Etat, aux communes et établissements d'utilité publique. Si le bénéfice de cette hypothèque ne devait pas constituer un de ces droits civils dont la jouissance est refusée aux étrangers, il faudrait admettre les com-

munes et les établissements publics étrangers à exercer une hypothèque légale sur les biens que leurs receveurs possèdent en France. Or, cette conséquence condamne le système qui y conduit. Il faut donc refuser à la femme mariée étrangère l'hypothèque légale (1).

MM. Aubry et Rau ajoutent même : « Il en serait ainsi quand même le mariage aurait été célébré en France et que la femme, française d'origine, ne serait devenue étrangère que par suite de ce mariage ».

C'est l'opinion de la jurisprudence. Mais comme celle-ci, pour refuser aux femmes étrangères l'hypothèque légale, s'appuie sur l'article 11, elle est logiquement amenée à apporter deux exceptions au principe qu'elle consacre : en effet, chaque fois que la femme étrangère aura, en France, la jouissance des droits civils, elle bénéficiera de cette sûreté : il en sera ainsi dans le cas de réciprocité diplomatique (article 11). La jurisprudence est même allée plus loin. Elle admet la simple équivalence, sans exiger l'identité des droits : ainsi, avec la Turquie (protocole du 9 juin 1868), avec l'Espagne (traités des 7 janvier 1862 et 6 février 1868), avec la Serbie (traité du 18 juillet 1883).

Il semble même que l'insertion dans un traité de la clause de la nation la plus favorisée entraînerait cette réciprocité. Pour le même motif, la femme étrangère, autorisée à fixer son domicile en France, en vertu de

(1) Aubry et Rau, *Droit civil français*, I, 5^e édition, p. 516, note 62.

l'article 13 et admise ainsi à la jouissance des droits civils, pourrait, pendant la durée de celle-ci, exercer l'hypothèque légale. Cette solution, qui paraît devoir être accueillie, en principe, soulève une très grave difficulté à cause de la modification apportée à l'article 13 par la loi du 26 février 1889. Nous ne pouvons l'examiner ici (1).

Ce fut le 20 mai 1862 que la question de savoir si une femme mariée étrangère a une hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France, se posa pour la première fois devant la jurisprudence. La Cour de cassation (2), dans son arrêt, trancha la question en faveur de la non-recevabilité. Elle s'appuie à la fois sur l'article 11, auquel elle donne une interprétation restrictive, et sur l'article 2121. La Cour ajoute : « Il en est ainsi alors même que le mariage aurait été contracté dans un pays où le bénéfice de l'hypothèque légale est accordée à la femme ». La Cour estime, en effet, qu'il ne s'agit pas de savoir si la législation étrangère accorde un droit d'hypothèque à la femme suivant la loi étrangère, mais si elle peut y prétendre selon la loi française. Aucune loi française ne conférant à la femme étrangère ce droit exceptionnel, on doit le lui refuser.

Bien que la question ait été solutionnée maintes fois

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Nantissements, privilèges et hypothèques*, 3^e édition, II, n^{os} 976 et suiv.

(2) Sirey, 1862, I, 673.

dans le sens de l'arrêt de 1862, l'arrêt du 4 mars 1884 (1) est particulièrement remarquable. Faisant application des principes, la Cour déclare que le fait pour une française épousant un anglais d'adopter le régime dotal tel qu'il est énoncé d'après la loi française, ne saurait attacher, comme conséquence à leurs conventions, un droit que le code civil n'accorde, en France, qu'à ceux qui ont la jouissance des droits civils, et que l'hypothèque légale n'est pas du droit des gens (2).

Critique. — Nous venons d'étudier les raisons pour lesquelles une partie de la doctrine et la jurisprudence dénie aux femmes étrangères l'hypothèque légale sur les biens de leur mari situés en France. Nous croyons cette façon de penser et de juger inexacte. Il n'est pas nécessaire, pour accorder l'hypothèque légale, que l'étranger soit admis à domicile ni que son pays bénéficie d'un traité. En effet, tout dépend de l'interprétation que l'on donne à l'article 11 du code civil.

Comme le dit très justement M. Weiss (3), il est inadmissible de refuser aux étrangers tous les droits civils, sauf ceux qui leur seraient concédés par une loi. Sans chercher à prêter aux législateurs des concessions tacites, il ne faut voir dans cet article que l'aveu de leur excessive rigueur. L'étranger a donc des droits à faire

(1) Sirey, 1884, 1, 273

(2) Dans le même sens, Cassation, 27 juillet 1903, Clunet, 1903, p. 623.

(3) *Loc. cit.*, tit. II, p. 222 et p. 239, 2^e édition.

valoir, sur notre territoire même, en dehors de toute autorisation législative ou diplomatique. Mais comment déterminer ces droits? Tout étranger peut invoquer, en France, les droits privés qui ne lui sont pas expressément retirés par la loi; quant aux droits qui, en vertu d'une disposition formelle, ont été réservés aux seuls Français, l'étranger sera admis à s'en prévaloir, s'il y est autorisé par un traité international ou s'il est admis à fixer son domicile en France.

Nous sommes amenés à conclure que l'étranger a le droit d'être propriétaire en France, d'être créancier et de bénéficier d'un droit d'hypothèque. Pourquoi, dès lors, refuser à la femme mariée étrangère l'hypothèque légale? N'est-elle pas, résultant du mariage, le résultat d'une convention tacite? De plus, l'hypothèque légale est de statut réel : l'article 3 § 2 du code civil lui est applicable et la règle qui s'y trouve a pour effet de grever, au profit de la femme mariée étrangère, tous les immeubles que son mari possède en France. Le système exposé sur l'interprétation donnée à l'article 11, nous dispense de plus longues explications. Aucun texte ne retire à la femme étrangère le droit d'exercer, en France, l'hypothèque légale, nous devons donc la lui accorder sans restriction d'aucune sorte.

D'ailleurs, si la jurisprudence tranche la question

(1) Dans le même sens, Surville et Arthuys, *Droit international privé*, n° 383; Despagnet, p. 1176.

dans le sens contraire à notre opinion, l'avocat général lui-même, dans l'arrêt de 1862 (1), s'était prononcé en faveur de l'hypothèque légale de la femme étrangère. La question sera encore longtemps controversée, car il est impossible de trouver le critérium de la distinction entre les facultés de droit des gens et les droits civils. Il faudrait admettre l'interprétation que nous donnons à l'article 11. Le plus simple serait de trancher la question par une loi. Ainsi l'a fait la Belgique, qui, lors de la réforme hypothécaire en 1851, a mis fin à la controverse en décidant, par une disposition expresse, que la femme étrangère, même mariée, en pays étranger, a hypothèque légale sur les biens de son mari situés en Belgique (2).

SECTION II.

Mais nous arrivons à une deuxième question qui consiste à rechercher par quelle loi sera régie l'hypothèque légale de la femme mariée.

A cet égard, on se trouve en présence de trois opinions différentes :

Une première conception fait régir l'hypothèque légale par la loi de la situation des immeubles du mari.

Une deuxième conception s'attache à la loi qui gou-

(1) Voyez *suprà*.

(2) Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXXVI, p. 252.

verne la capacité de la femme, c'est-à-dire à sa loi nationale.

Enfin, une troisième conception, à laquelle nous nous rallions, demande la solution à la loi qui préside aux effets personnels du mariage, c'est-à-dire à la loi du mari.

Il faut passer brièvement en revue ces trois manières de voir, afin de montrer le bien-fondé de la théorie que nous acceptons.

Les partisans du premier système sont principalement frappés par cette considération que l'hypothèque est un droit réel, c'est, comme dit Pothier, un *jus in re*; elle entraîne, pour le créancier hypothécaire, le droit de suite, qui est la caractéristique du droit réel.

De ce que l'hypothèque est un droit réel, on a prétendu qu'elle doit être, conformément au statut réel, régie par la loi de la situation des immeubles du mari (1). On reconnaît bien que la garantie hypothécaire de la femme est une mesure de protection. Mais, on n'envisage que le droit d'hypothèque en lui-même, avec son caractère de réalité, et indépendamment du but spécial qu'il vise en la matière.

Les partisans de cette opinion semblent ainsi s'inspirer de la conception de d'Argentré qui établissait une distinction entre les lois de capacité générale, qu'il

(1) Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. I, n° 493; Pont, *Privilèges et hypothèques*, n°s 433 et 489; Grenoble, 19 juillet 1849, Sirey, 1850, 2, 361; Alger, 31 novembre 1860, Sirey, 1864, 2, 56.

déclarait personnelles, pourvu qu'elles ne produisent aucun effet sur les biens, et les lois de capacité particulière, qui, touchant aux biens, étaient toujours regardées comme réelles.

Quoi qu'il en soit, ce système fait abstraction du rôle que joue l'hypothèque légale, dans les rapports spéciaux des époux. Il se laisse pour ainsi dire hypnotiser par le caractère réel du droit d'hypothèque. On peut donc dire que c'est un système trop étroit, ne tenant pas compte de tous les éléments du problème. Le rôle particulier de l'hypothèque légale de la femme a été mieux aperçu dans les autres conceptions.

D'après le deuxième système, l'hypothèque légale étant une mesure destinée à protéger l'incapable, se rattache à la loi qui régit la capacité, c'est-à-dire la loi nationale. Si cette loi admet l'hypothèque légale, la femme pourra s'en prévaloir du moment que la loi de la situation des biens admet l'institution de l'hypothèque. En France, une femme étrangère pourra donc se prévaloir de l'hypothèque légale si sa loi nationale l'admet (1).

Nous ne croyons pas que l'hypothèque légale de la femme soit une dépendance de la loi qui gouverne la capacité. Sans doute, l'hypothèque accordée à la femme est une mesure de protection, en ce sens qu'elle fait contre-poids aux pouvoirs très étendus du mari sur les biens de la communauté et sur les biens propres de

(1) En ce sens, Despagnet, n° 416 et les auteurs cités par lui.

l'épouse. Mais l'administration du mari n'a nullement pour but de suppléer à une incapacité naturelle ; elle trouve son fondement rationnel dans un intérêt supérieur de la famille, et dans la nécessité pour la femme de transmettre à ses enfants, de génération en génération, un patrimoine intact, soustrait à de trop brusques bouleversements. Dès lors, l'hypothèque légale nous semble se référer bien moins à l'idée d'incapacité de la femme mariée — incapacité qui ne découle que de la nécessité d'une unité de direction dans la famille et qui est, en somme, plutôt une subordination légale qu'une véritable incapacité — qu'à l'idée d'organisation du régime matrimonial et du mariage lui-même.

Pour nous exprimer autrement, nous dirons que l'hypothèque légale accordée à la femme mariée a pour fondement l'impossibilité morale où elle se trouve de stipuler des garanties pour les diverses créances qu'elle peut acquérir contre son mari. Cette impossibilité existe soit avant le mariage, soit pendant. En effet, avant le mariage, la stipulation de garanties aurait, le plus souvent, blessé la susceptibilité du futur époux et peut-être entraîné la rupture du projet de mariage. De plus, comment la femme pourrait-elle stipuler des garanties au cours du mariage, alors qu'elle est soumise à l'autorité maritale ? La femme ne pouvant ainsi pourvoir à sa propre sûreté, la loi vient à son secours en sous-entendant l'hypothèque à son profit dans le contrat de mariage qu'elle lui offre (communauté légale), ou dans

celui dont les époux eux-mêmes arrêtent les clauses, quel que soit, du reste, le régime matrimonial adopté.

L'hypothèque légale est une mesure de protection qui découle, non d'une incapacité naturelle de la femme, mais de la position subordonnée de l'épouse dans la vie conjugale, c'est-à-dire du mariage lui-même.

Si l'on ne perd pas de vue ce trait essentiel de la garantie hypothécaire de la femme, on voit combien est étroit le système qui, ne voyant dans l'hypothèque qu'un droit réel, applique ici la *lex rei sitæ*. Mais on aperçoit en même temps l'erreur du système qui fait régir l'hypothèque de la femme par la loi gouvernant la capacité de cette dernière. Cette théorie serait justifiée si l'épouse était naturellement incapable. Mais elle est insuffisante, puisqu'il ne s'agit pas d'une incapacité naturelle, mais d'une mesure de protection dérivant d'un état de subordination.

Nous en arrivons ainsi au troisième système qui, seul, a fourni, à notre sens, une solution satisfaisante de la question que nous examinons.

C'est que la loi qui régit les effets personnels du mariage, qui détermine si la femme a droit à une garantie hypothécaire sur les biens de son mari.

Nous avons dit que cette garantie hypothécaire se rattache bien moins à une notion d'incapacité proprement dite qu'à la notion de subordination légale de la femme qui découle du mariage lui-même. La loi supplée à l'impossibilité où se trouve, pratiquement, l'épouse, de

stipuler une garantie. En définitive, l'hypothèque légale est donc une conséquence de la situation subordonnée de la femme, laquelle est elle-même une conséquence du mariage.

Certains auteurs (1) ont prétendu que l'hypothèque légale de l'épouse est une dépendance du régime que les époux ont adopté pour leurs biens, qu'elle en forme le complément et la sanction et que, dès lors, elle est gouvernée par la même loi.

Nous ne saurions accepter ce point de vue. En réalité, l'existence de l'hypothèque légale est indépendante du régime choisi par les conjoints. Elle existe sous tous les régimes, comme un corollaire de la subordination de l'épouse au mari. En d'autres termes, elle dérive du mariage lui-même, dont elle est un effet civil (2).

Il faut en conclure que l'hypothèque de la femme n'est pas gouvernée, en droit international, par la loi

(1) Massé, *Droit commercial*, t. II, n° 831 ; Bridan, *Revue du notariat*, 1884, n° 6949 ; Rapport adressé, en 1842, au garde des sceaux, par la faculté de droit de Paris, sur un projet de réforme hypothécaire, *Documents sur le régime hypothécaire*, t. III, p. 570 et suiv. ; Conférence de la Cour de cassation, 13 mars 1885, *le Droit* du 17 mars ; dans le même sens, Aix, 8 novembre 1875, Sirey, 1876, 2, 134.

(2) L'hypothèque légale peut même résulter d'un mariage putatif. Si un mariage nul avait été contracté de bonne foi, par les époux ou par la femme seulement, l'hypothèque existerait au profit de la femme pour toutes les créances qui naîtraient à son profit contre son mari jusqu'au jour de la déclaration judiciaire de nullité du mariage.

qui régit les biens, mais par celle qui régit les effets personnels du mariage.

Or, cette loi est la loi du mari, devenue celle de la femme. C'est elle qui tranche la question de savoir si l'épouse a droit à une hypothèque légale sur les biens de son mari.

La femme a donc droit à la garantie hypothécaire, même en pays étranger, si la *lex matrimoni* la lui reconnaît. Il y a, d'ailleurs, lieu de limiter cette règle, comme nous le verrons, par la considération de l'ordre public international.

Au contraire, si la *lex matrimoni* n'accorde à la femme aucune garantie hypothécaire, les immeubles du mari, situés dans un pays qui admet l'hypothèque légale, seront libres de cette charge, même si les époux ont adopté un régime qui, comme le régime français, comporte cette hypothèque. Supposons, par exemple, qu'une femme soit mariée à un anglais. Sa *lex matrimoni* est la loi anglaise, c'est-à-dire celle du mari. Or, la loi anglaise n'attribue pas l'hypothèque à la femme. En conséquence, les immeubles possédés par le mari anglais sur le territoire français demeureront libres entre ses mains, encore que les conjoints aient adopté un régime matrimonial français.

En somme, il faut, on le voit, pour que la femme jouisse de l'hypothèque légale, la réunion de deux conditions : en premier lieu, que cette hypothèque soit consacrée par la loi régissant les effets personnels du

mariage, c'est-à-dire par la loi du mari; en second lieu, que l'hypothèque soit admise par la loi du pays où sont situés les biens du mari (1).

Mais nous avons indiqué que le principe suivant lequel la femme a droit à la garantie hypothécaire, même en pays étranger, si la *lex matrimoni* lui reconnaît cette garantie, se trouve tempéré par la notion d'ordre public international.

Cela signifie que la loi territoriale s'appliquera lorsque l'ordre public international l'exigera. Examinons donc la portée de cette règle.

Nous savons déjà que, si la loi du mari ne comporte pas l'hypothèque légale (la loi anglaise, par exemple), les immeubles du mari, situés en France, seront libres de cette charge hypothécaire. L'article 2121, aux termes duquel l'hypothèque légale est attachée de plein droit à toutes les créances qui, sous tous régimes, peuvent naître au profit de la femme contre son mari, est, en effet, une disposition d'ordre public interne, mais non une disposition d'ordre public international.

Dans quelles hypothèses l'idée de l'ordre public international se manifestera-t-elle donc en notre matière? On peut les réduire à quatre :

1° C'est la loi territoriale qui détermine les biens susceptibles d'hypothèque ;

(1) En ce sens, Weiss, *Traité*, III, p. 340 et 560 ; IV, p. 252 ; Audinet, *Principes de droit international privé*, 1906, p. 444-448, 556-558 ; Trib. civ. Seine, 27 mars 1889, Clunet, 1889, p. 621.

2° C'est la même loi qui fixera l'assiette de l'hypothèque ;

3° C'est elle qui règlera les modes de constatation, de publicité, de conservation de l'hypothèque ;

4° C'est elle qui fixera les modes d'extinction de l'hypothèque (1).

Ces points intéressent, en effet, essentiellement le régime de la propriété foncière.

Il faut ajouter les questions relatives à la nature des droits de préférence. Le tribunal civil de la Seine a jugé, le 19 février 1889, que la femme étrangère, à laquelle sa loi nationale accorde un privilège mobilier sur les biens de son mari pour le remboursement du montant de ses reprises, ne peut l'invoquer, à l'encontre des autres créanciers de son mari, dans une distribution par voie de contribution ouverte en France sur des sommes revenant à celui-ci. Cette décision doit être approuvée. La nature des droits de préférence admis entre créanciers touche à l'ordre public international et relève, par suite, de la *lex rei sitæ*.

En effet, le droit de préférence porte sur le prix de l'immeuble hypothéqué. Pour parvenir à l'exercer, le créancier hypothécaire est autorisé à saisir l'immeuble hypothéqué et à le faire vendre aux enchères. L'exercice du droit de préférence est subordonné à l'inscription de l'hypothèque (article 2134), sauf exceptions admises

(1) Weiss, *loc. cit.*, p. 539.

par la loi. Le rang du créancier hypothécaire est déterminé, en principe, par l'inscription. Il prime les créanciers hypothécaires inscrits après lui et les créanciers chirographaires ; mais il est primé par les créanciers hypothécaires, dont l'inscription est antérieure à la sienne, et aussi par les créanciers ayant privilège sur l'immeuble. Toutes ces questions doivent être tranchées par la *lex rei sitæ*.

Telles sont les seules exceptions à la règle qui soumet l'hypothèque légale de la femme à la loi régissant les effets personnels du mariage, c'est-à-dire à la loi du mari.

CONCLUSION

Nous voici arrivés à la fin de notre travail : nous allons résumer les idées qui s'en dégagent et en tirer les conclusions qui s'imposent :

Dans l'historique de notre sujet et dans la deuxième partie, nous avons vu comment l'idée de l'autonomie de la volonté, appliquée aux conventions matrimoniales, était issue de la doctrine de Ch. Dumoulin, comment elle avait été modifiée par Jean Voët et après quelles vicissitudes elle était arrivée jusqu'à nos jours, attaquée désormais par les partisans de la loi nationale du mari. Puis nous avons examiné comment de cette idée féconde naissaient les principes admis par notre droit et par les autres législations : l'immutabilité et l'exterritorialité des conventions matrimoniales.

Il peut sembler qu'il n'y ait plus lieu de discuter sur la question du régime de droit commun en droit international privé et que la convention de 1905 mette fin à tout conflit en la matière. Ce serait une grave erreur que de le croire. Tout d'abord, comme l'a si justement fait

remarquer M. Audinet, si la convention impose à ses signataires l'application de la loi nationale du mari, elle n'a pas pris parti dans la controverse.

Les puissances dont la législation assimile le régime des biens aux effets civils du mariage, continueront à appliquer la loi nationale du mari, sans présumer, de la part des époux, l'idée de convention tacite. En France, la jurisprudence conservera sa manière de voir, tout en imposant aux nationaux des puissances signataires la loi du mari.

D'ailleurs, le problème reste entier pour les pays qui n'ont pas accepté de signer la convention et, loin de se modifier pour leurs nationaux, la jurisprudence doit maintenir l'idée de convention tacite, puisque ces puissances ont montré leur répugnance pour un régime obligatoirement imposé.

Mais il reste un point faible dans la doctrine que nous avons soutenue et nous sommes obligés de le reconnaître; le régime matrimonial restera souvent et presque toujours dans l'indécision durant le mariage, et les tiers seront incertains de la validité des actes qu'ils passeront avec les époux.

Au contraire, en imposant d'une manière absolue la loi nationale du mari aux époux mariés sans contrat, il n'y a plus à envisager cette difficulté. Aussi, sommes-nous amenés à nous attacher à cette idée émise par M. Weiss, que rien ne s'oppose à ce que nous disions que si les époux suivent la loi nationale du mari, c'est

par un accord tacite de volonté. Pour y échapper, il leur suffit de parler. Donc, c'est librement qu'ils acceptent cette loi. Nous restons ainsi fidèles au principe énoncé et nous faisons profiter la théorie adverse des conséquences heureuses de notre principe.

Mais, pour que cette idée soit féconde, il faudrait que la prochaine convention imposât, comme le souhaitaient M. Lainé et M. Weiss, aux époux une déclaration devant l'officier de l'état civil ou le ministre du mariage. Prévenus du sort qui les attendrait, s'ils se mariaient sans contrat, les époux agiraient en pleine connaissance de cause et la femme ne risquerait pas d'être lésée. Il suffirait, d'ailleurs, aux époux, s'ils préféreraient suivre la loi du lieu du mariage, la loi du domicile ou la loi de la femme, de faire une déclaration enregistrée dans l'acte de mariage pour que les tiers soient avertis.

A notre avis, c'est là une mesure qui s'impose et qui doit nécessairement aboutir, tôt ou tard. Ainsi disparaîtront tous les conflits de lois internationaux relatifs à notre matière.

Qu'il nous soit toutefois permis d'envisager une hypothèse plus hardie. On a déjà beaucoup fait dans la voie d'établir une sorte de code international. Il existe, en effet, deux sortes de lois : les lois d'état et de capacité qui sont particulières à chaque Etat. Il est nécessaire qu'il en soit ainsi : le climat rend plus ou moins précoces ses individus; les coutumes, l'histoire même d'un peuple ont orienté l'esprit de la nation vers certaines habitudes

trop profondément enracinées pour pouvoir être modifiées et c'est ce qui fait le caractère de chaque nation. D'autres lois sont d'ordre public et l'Etat les considère comme nécessaires à la sauvegarde de son existence. **On ne peut donc pas non plus les atteindre.**

Mais, il est d'autres lois qui ne touchent en rien aux coutumes des peuples, qui n'intéressent nullement l'existence même d'un Etat. Nous voulons parler des conventions en général, et des conventions matrimoniales en particulier, restriction faite des prohibitions apportées par les Etats au nom de l'ordre public interne. On nous objectera que certains peuples ont des traditions qui les orientent vers tel ou tel régime matrimonial. Qu'il nous suffise de considérer un instant l'histoire de l'Europe. Chaque nation actuelle était divisée en une multitude de provinces ou de petits Etats, dont chacun avait ses traditions et ses règles propres. Au siècle dernier, sous la grande idée de l'unité des races, les traditions locales se sont fondues: des législateurs sont arrivés qui, d'une pièce, ont rédigé des codes dont l'esprit était souvent contraire aux habitudes les plus invétérées d'une partie du peuple. Or, les conventions matrimoniales qui portent sur tous les biens des parties, quels que soient les lieux où ces biens soient situés, sont internationales, si l'on ose dire.

Pourquoi n'essaierait-on pas de créer un régime de droit commun international unique? Quel serait, en effet, l'intérêt de chaque Etat de maintenir son régime de

droit commun propre? Quel intérêt peut avoir l'Italie, par exemple, à imposer son régime à ses nationaux mariés sans contrat, alors qu'il leur suffit d'exprimer leur volonté pour y échapper et de même la France, l'Allemagne et les autres puissances? Ne serait-il pas plus simple que des juristes de chaque nation se réunissent à La Haye et que, faisant abstraction de toute idée préconçue d'un nationalisme qui ne serait pas de cause, ils essayent de trouver un terrain d'entente?

Ce n'est là, bien entendu, qu'un souhait que nous formons et dont la réalisation serait doublement désirable : tout d'abord, il y aurait une unité de régime qui permettrait aux époux mariés sans contrat, de traiter facilement dans tous les pays, car les tiers n'auraient même pas à consulter la loi nationale du mari, loi qui peut leur être inconnue et se trouver pleine d'embûches. D'autre part, les tribunaux appliqueraient une loi qu'ils connaîtraient bien, puisqu'elle serait celle de leur pays, tout en étant celle des autres.

Quel pourrait être ce régime unique? Il nous paraît que la tendance actuelle de toutes les législations est orientée vers la séparation des biens. En France, par les lois sur les salaires de la femme mariée, on est arrivé à créer à la femme des biens propres, dont elle a l'administration et la jouissance et l'on s'écarte de plus en plus de la communauté. Admettent la séparation de biens absolument ou des régimes qui s'en rapprochent, l'Angleterre, l'Italie, l'Espagne. Nous croyons que l'entente

pourrait se faire sur ce régime avec, peut-être, certaines modifications. Nous obtiendrions ainsi la disparition de tous les conflits de lois relatifs à notre matière. C'est là un vœu quelque peu téméraire, mais que nous croyons fermement réalisable.

Au-dessus des lois particulières des Etats, il existe le droit. Le droit est le même pour tous les peuples et tous les individus. Il s'en dégage un certain nombre de règles que l'on retrouve dans tous les codes, sous des formes différentes. Ce sont ces formes que nous souhaitons de voir disparaître, de voir unifier, l'esprit des lois restant immuable, comme le principe même de la raison dont elles sont issues.

Vu :

Le Doyen,

F. LARNAUDE.

Vu :

Le Président de la thèse,

ANDRÉ WEISS.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

TABLE ANALYTIQUE DES PRINCIPAUX AUTEURS

ET OUVRAGES CITÉS

- ARGENTRÉ (d'). — *Commentarii in patrias Britonum leges seu consuetudines generales antiquissimi ducatus Britanniae*.
- AUBRY et RAU. — *Droit civil français*, 5^e édition, tomes I et V.
- AUDINET. — *Principes de Droit International privé*.
- *Le régime matrimonial et le contrat de mariage d'après la conférence de La Haye du 17 juillet 1905* (*Revue de Dr. Int. privé*, 1910).
- *Observations sur les effets extra-territoriaux des régimes matrimoniaux* (*Revue de Dr. Int. privé*, 1906).
- BAR (Von). — *Theorie und praxis des internationalen rechts*, tome I.
- BACQUET. — *Traité des droits de justice*.
- BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES. — *Nantissements, privilèges et hypothèques*, 3^e édition, tome II.
- BAUDRY-LACANTINERIE (Lecourtois et Surville). — *Du contrat de mariage*, tome I.
- BOULLENOIS. — *Questions sur les démissions de biens*.
- *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes ou statuts par forme d'observations*.
- BRIDAN. — *Revue du notariat*, 1884, n° 6949.
- DESPAGNET. — *Précis de droit international privé*.
- DUMOULIN (Charles). — *Commentarii in Cod. de summa trinitate*, tome III. *Consilium* 53.
- FIGORE. — *Droit international privé*, tome II.
- FROLAND. — *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*.
- LABBÉ. — *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1856.

- LAINÉ. — Introduction à l'étude du droit international privé, tomes I, II, III.
- LAURENT. — Droit civil international, tome V.
— Principes de droit civil, tomes XXX, XXXVI.
- LEBRUN. — Traité de la communauté, tome I.
- MAILHER DE CHASSAT. — Théorie des statuts.
- MARION. — Plaidoyers.
- MASSÉ. — Droit commercial, tome II.
- MERLIN. — Conventions matrimoniales et lois.
- NAST (Marcel). — Note dans Dalloz, 1910, 2, 233.
- PHILLIMORE (sir Robert). — Private international law, tome IV.
- PILLET. — Traité de droit international privé.
— Rapport Société d'études législatives, 1908 (10 et 21 décembre).
- POLLIS. — Thèse du régime matrimonial des époux mariés sans contrat en droit international privé.
- PONT. — Privilèges et hypothèques.
- POTHIER. — Coutume d'Orléans (introduction au titre X).
— Traité de la communauté (article préliminaire).
- RENUSSON. — Traité de la communauté.
- RODIÈRE et PONT. — Contrat de mariage, tome I.
- SURVILLE. — Revue critique de législation et de jurisprudence, 1888-1889.
- SURVILLE et ARTHUYS. — Cours de droit international privé.
- VAN DER MUELEN. — Dissertation (Voir Boullenois, traité des statuts).
- VOËT (Jean) — Commentarius ad Pandectas, livre 23.
- WEISS (André). — Traité théorique et pratique de droit international privé, tomes II, III, IV.
- WESTLAKE. — Private international law.
- WHARTON. — Conflict of law.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
Les époux ont fait un contrat	2
Les époux n'ont pas fait de contrat	6
CHAPITRE I. — Historique	9
Théorie de Dumoulin	12
Théorie de d'Argentré	17
Théorie de Jean Voët (correction de celle de Dumoulin)	20
La doctrine au XVII ^e siècle	23
La doctrine au XVIII ^e siècle	30
CHAPITRE II. — Détermination du régime matrimonial	32
1 ^{re} section. — Théorie des jurisconsultes anglo-américains.	33
Critique	35
2 ^e section. — Théorie qui fait prévaloir d'une manière absolue	
la loi nationale du mari	36
La doctrine	37
La jurisprudence	41
La conférence de La Haye du 17 juillet 1905.	43
Arguments	48
3 ^e section. — Théorie de l'autonomie de la volonté.	50
Critique de la théorie précédente	51
Doctrine	55
Institut de droit international de Lausanne de 1888	61
Jurisprudence	62
CHAPITRE III. — Applications de la théorie de l'autonomie de	
la volonté.	66
1 ^{re} Section. — Les époux sont de même nationalité.	69

2 ^e Section. -- Les époux ne sont pas de même nationalité	74
a) Loi du lieu de célébration du mariage	75
b) Loi nationale du mari	76
c) Loi du domicile matrimonial	78
<i>Critique.</i> -- Les époux sont de même nationalité.	82
Les époux ne sont pas de même nationalité	84
CHAPITRE IV. -- Effets du régime matrimonial	87
1 ^{re} Section. -- Effets extra-territoriaux du régime matrimonial.	88
a) Le principe	88
b) Les exceptions.	94
2 ^e section -- Immutabilité du régime matrimonial	97
CHAPITRE V. -- Hypothèque légale de la femme mariée	102
1 ^{re} section. -- La femme mariée étrangère jouit-elle en	
France de l'hypothèque légale	103
Arguments	103
Critique	107
2 ^e section. -- Loi par laquelle est régie l'hypothèque légale	
de la femme mariée	109
a) Loi de la situation des immeubles du mari	110
b) Loi nationale de la femme.	111
c) Loi du mari	113
Critiques	114
Exceptions	116
CONCLUSION	119
TABLE ANALYTIQUE	125

LA ROCHELLE, IMPRIMERIE NOUVELLE NOEL TEXIER
